

Universidad Católica de Santa María

Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas

Segunda Especialidad en Gobernabilidad y Gestión Pública



EXPEDIENTE ADMINISTRATIVO SANCIONADOR:

**“PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO SANCIONADOR POR MULTA
ADMINISTRATIVA - MUNICIPALIDAD DISTRITAL DE YANAHUARA”**

Trabajo Académico presentado por el Abogado:
Arce Salinas, Rodrigo José

**Para optar el Título de Segunda Especialidad
Profesional en:** Gobernabilidad y Gestión Pública.

Asesor:
Julio, Fernández Huaranca

**AREQUIPA-PERU
2018**



DEDICATORIA

Esta Segunda Especialidad se la dedico con todo mi amor y cariño para mis amados padres Buenaventura Gerardo y Mercedes, por su sacrificio y esfuerzo, por darme una carrera que encaminará mi futuro y por creer en mi capacidad, aunque por tiempos pasamos momentos difíciles son ellos, los que hicieron que estos momentos difíciles se conviertan en una realidad, brindándome su apoyo incondicional, con amor , comprensión y cariño, a mi hermano Gerardo por ser mi mejor amigo y escucharme cuando más lo necesitaba. Gracias también a mis maestros por sus enseñanzas, a mis compañeros que me permitieron entrar a su vida y poder compartir experiencias de esta amada carrera, a mi gran amigo Guillermo Ramos, que me acompaña desde el cielo.

INTRODUCCIÓN

El presente trabajo nos permitirá analizar una de las potestades que tiene el Estado para ejercer su poder punitivo a través del procedimiento administrativo sancionador, a través del cual se respalda al derecho administrativo.

Es por ello que el presente documento se ha dividido en cinco capítulos con la intención de hacer primero un análisis de un expediente administrativo, detallando los documentos más comunes, que contienen los expedientes de los Gobiernos Locales.

En el Segundo Capítulo revisaremos la doctrina sobre varios conceptos que son necesarios entender para este trabajo, ya que tocaremos temas muy importantes como el procedimiento sancionador, la Ley 27444 que describe en muchos casos los elementos del acto administrativo, nombraremos también los principios que se vieron involucrados en este expediente como el de razonabilidad y el de legalidad ya que no fueron tomados en cuenta por las partes. Es importante también traer a colación el aspecto teórico del Procedimiento de Ejecución Coactiva y como es su tratativa en el caso de los Gobiernos Locales, ya que los procedimientos coactivos seguidos por la Superintendencia de Administración Tributaria, son muy distintos, empezando porque este último se rige en su mayor parte por el Código Tributario. Es importante tener en cuenta la diferencia que existe entre la Revisión Judicial, la Reclamación y el Recurso de Queja y saber para que se usa cada una de ellas y en qué casos.

En el Tercer Capítulo denominado Marco Normativo, se indicará las leyes y otras normas que se vieron expuestas en este expediente, siendo ordenadas según su fecha de publicación y destacando los artículos más relevantes de algunas de ellas, siendo subrayadas las palabras claves en cada caso.

En el Cuarto y último capítulo haremos una comparación con el Texto Único Ordenado de la Ley del Procedimiento Administrativo General DS N° 006-2017-JUS, adecuando nuestro caso con esta modificación.

Finalmente se presentarán las conclusiones y recomendaciones con la intención de que se pueda tener en cuenta las deficiencias que se presentan en la administración

pública y en su regulación normativa, haciendo del Derecho Administrativo un derecho más operativo y efectivo y también se verán aportes respecto al debido procedimiento sancionador, que no debe de desligarse de lo que la Ley del Procedimiento Administrativo General ha regulado y sobre todo del derecho constitucional a la debida motivación de las decisiones tomadas por autoridades públicas.

EL AUTOR



RESUMEN

El presente procedimiento administrativo sancionador, deriva de una supuesta infracción cometida por la empresa de saneamiento SEDAPAR S.A, por haber realizado trabajos en un bien inmueble público circunscrito a la Municipalidad Distrital de Yanahuara, sin contar con la licencia para realizar dicha obra.

En sede administrativa se inicia un procedimiento de ejecución coactiva para el cobro de la multa que asciende a S/. 3,500 Soles. Esta sanción se impone a través de la Resolución Gerencial N° 569-2015-GDU-MDY de la Gerencia de Desarrollo Urbano, de fecha 24 de setiembre del 2015, frente a ello la empresa SEDAPAR, a través de su representante interpone un recurso de apelación, que fue declarado infundado mediante la Resolución N° 401-2015-MDY de fecha 16 de diciembre del 2015.

Es sabido que frente a un acto administrativo que ha agotado la vía administrativa, se puede interponer una demanda en lo contencioso administrativo, con la finalidad que el Poder Judicial, revise la legalidad de este acto administrativo, es por ello que la empresa va a iniciar una demanda, pidiendo se declare nula la Resolución N° 401-2015-MDY en su totalidad y sea dejada sin efecto.

Por lo tanto, se va a solicitar la suspensión del procedimiento de ejecución coactiva al amparo de lo dispuesto en el literal e) del artículo 16 de la Ley del Procedimiento de Ejecución Coactiva, Ley 26972.

En el transcurso del presente documento vamos a advertir muchos errores en la mayoría materiales, tanto de la entidad como de la empresa SEDAPAR que se encuentran en este expediente administrativo. Así como errores de fondo como por ejemplo el hecho de haber emitido una resolución de ejecución coactiva, sin haber tomado en cuenta que existía un recurso de apelación interpuesto, que incluso había dado origen a la Resolución N° 401-2015-MDY, vislumbrando una falta de coordinación entre áreas de una misma entidad, teniendo en cuenta que se trata de una entidad pequeña como una municipalidad distrital.

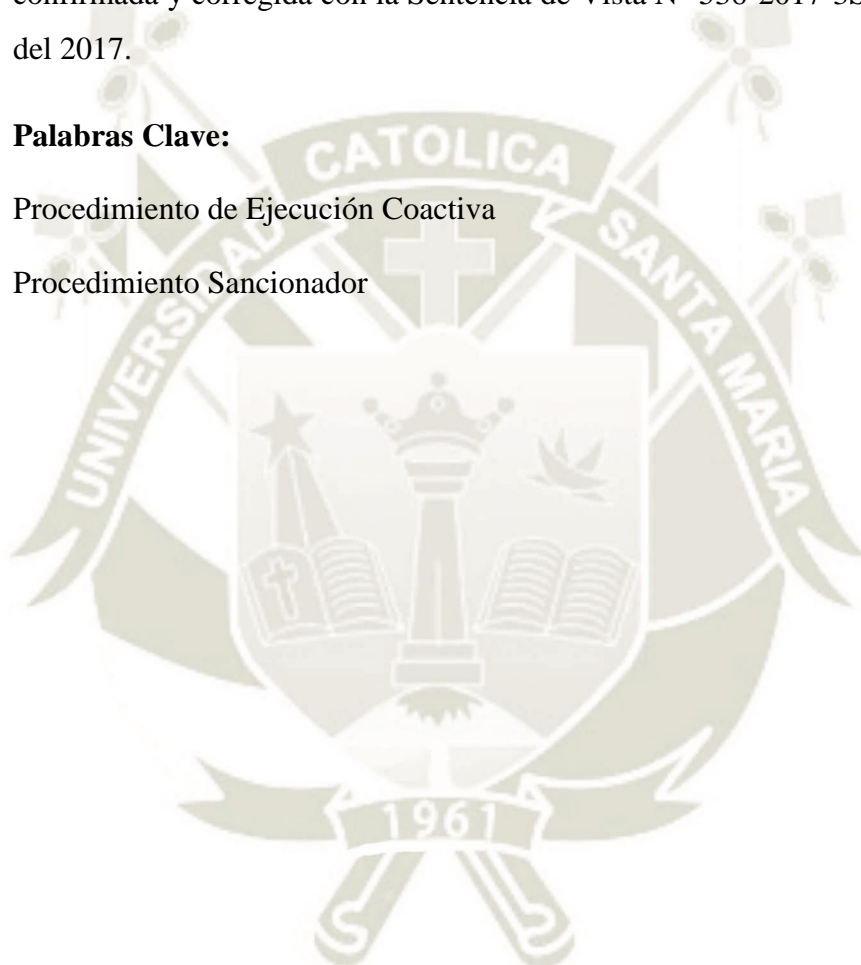
Finalmente, ya en sede judicial se emite una primera Sentencia la N° 85-2016-1JEC-CSJA de fecha 15 de Setiembre del 2016, que resuelve declarar fundada la demanda, en consecuencia, declara nula la Resolución N° 401-2015-MDY, que declara infundado el recurso de apelación en contra de la Resolución Gerencial N° 569-2015-GDU-MDY.

La Municipalidad Distrital de Yanahuara, apelará esta sentencia que luego será confirmada y corregida con la Sentencia de Vista N° 536-2017-3SC del 13 octubre del 2017.

Palabras Clave:

Procedimiento de Ejecución Coactiva

Procedimiento Sancionador



ABSTRACT

The present sanctioning administrative proceeding derives from a supposed infraction committed by the sanitation company SEDAPAR S.A, for having performed works in a public real estate circumscribed to the Yanahuara District Municipality, without having the license to carry out said work.

At the administrative headquarters, a coercive enforcement proceeding is initiated for the collection of the fine amounting to S/. 3,500 Soles. This sanction is imposed through the Management Resolution No. 569-2015-GDU-MDY of the Urban Development Management, dated September 24, 2015, against which the company SEDAPAR, through its representative interposed a resource of appeal, which was declared unfounded by Resolution No. 401-2015-MDY dated December 16, 2015.

It is known that in the face of an administrative act that has exhausted the administrative route, a lawsuit can be filed in the administrative contentious, with the purpose that the Judiciary, review the legality of this administrative act, that is why the company will start a demand, requesting that Resolution No. 401-2015-MDY be declared void in its entirety and be rendered null and void.

Therefore, the suspension of the coercive enforcement proceedings will be requested pursuant to the provisions of subparagraph e) of article 16 of the Coercive Execution Procedure Law, Law 26972.

In the course of this document we will notice many errors in most material, both the entity and the company SEDAPAR that are in this administrative file. As well as errors of substance such as, for example, the fact of having issued a coercive enforcement decision, without having taken into account that there was an appeal lodged, which had even given rise to Resolution No. 401-2015-MDY, envisaging a lack of coordination between areas of the same entity, taking into account that it is a small entity such as a district municipality.

Finally, the first Judgment is issued in the N ° 85-2016-1JEC-CSJA dated September 15, 2016, which resolves to declare the claim well founded, and consequently declares Resolution No. 401-2015-MDY null and void. Declares the appeal against the Management Resolution No. 569-2015-GDU-MDY unfounded.

The District Municipality of Yanahuara will appeal this sentence that will be confirmed and corrected with the Sentence of Vista N ° 536-2017-3SC of October 13, 2017.

Keywords:

Coercive Enforcement Procedure

Sanctioning procedure



INDICE GENERAL

DEDICATORIA	II
INTRODUCCIÓN.....	III
RESUMEN.....	V
ABSTRACT	VII

CAPITULO I PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO SANCIONADOR

1. DOCUMENTOS ADMINISTRATIVOS.....	1
1.1. Informe N° 32-2015-JDC/MDY (22 de agosto 2015)	1
1.2. Hoja de Coordinación N° 110-2015-DOP-GDU-MDY (25 de agosto 2015)	1
1.3. Notificación de Cargo N° 364-2015-D.FIS/TRIB-MDY (31 de agosto 2015).....	1
1.4. Proveído N° 688-2015-D. Fis/TRIB-MDY (22 de setiembre 2015).....	1
1.5. Informe 547-2015-LTXCP-GDU-MDY (24 de setiembre del 2015)	2
1.6. Resolución Gerencial N° 569-2015-GDU-MDY (24 de setiembre del 2015)	2
1.7. Recurso de Apelación. - (21 de octubre 2015).....	2
1.8. Hoja de Coordinación N° 136-2015-LTXCP-GDU-MDY (22 de octubre 2015).....	3
1.9. Informe Legal N° 191-2015-OAJ-MDY (01 de diciembre 2015)	3
1.10. Resolución N° 401-2015-MDY (16 de diciembre del 2015).....	3
1.11. Resolución Coactiva N° 001-2016-DEC-MA-GSCPA-MDY (4 de marzo del 2016)	3
1.12. Resolución Coactiva N° 002-2016-DEC-MA-GDU-MDY (20 abril 2016)	4
1.13. Solicitud de suspensión de procedimiento coactivo (29 abril del 2016)	4
1.14. Proveído N° 498-2017-PPM (27 noviembre 2017).....	4
1.15. PROVEIDO N°029-2017-DEC-MDY (28 de noviembre del 2017)	5
1.16. MEMORANDUM 1259-2017-GM-MDY (01 de diciembre 2017)	5
1.17. Informe 35-2018-OAJ de la Oficina de asesoría Jurídica (28 de febrero del 2018) ..	5
1.18. Resolución N° 055-2018-MDY (28 de febrero del 2018).....	5
1.19. DOCUMENTOS DEL PROCESO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO.....	6

CAPITULO II MARCO TEÓRICO

2. ADMINISTRACIÓN PÚBLICA	11
2.1. Actividades de la Administración Pública.	12

2.2.	DERECHO ADMINISTRATIVO	13
2.3.	1.JURISDICCIÓN ADMINISTRATIVA	14
2.4.	Principios del Procedimiento Administrativo	15
2.5.	ACTO ADMINISTRATIVO.....	18
2.6.	Procedimiento Administrativo. -.....	23
2.7.	Calificación de los Procedimientos Administrativos. -	25
2.8.	Texto único de Procedimientos Administrativos. -	27
2.9.	Sujetos del Procedimiento Administrativo. -	27
2.10.	Recursos Administrativos.....	28
2.11.	Notificación. -	28
2.12.	Plazo razonable para formular alegaciones.....	31
2.13.	El trámite del procedimiento sancionador	33
2.14.	PROCEDIMIENTO DE EJECUCIÓN COACTIVA.....	43
2.15.	Exigibilidad de la deuda.....	44
2.16.	Ejecutoriedad del Acto Administrativo.	48
2.17.	Ejecución Forzosa del Acto Administrativo.-.....	50
2.18.	Ejecución Coactiva.....	51
2.19.	Fundamentos de la actuación sancionadora de la Administración Pública.....	52
2.20.	Justificación y definición El procedimiento administrativo sancionador.....	54
2.21.	Prescripción. -.....	77
2.22.	Caracteres del Procedimiento Administrativo Sancionador. -.....	77
2.23.	El Silencio Administrativo Negativo en el Procedimiento Sancionador.....	81
2.24.	Sujetos del procedimiento administrativo sancionador	82
2.25.	Precedentes Vinculantes. -.....	98
2.26.	Tutela jurisdiccional de primer grado o garantía de acceso a la jurisdicción.	99
2.27.	Tutela jurisdiccional de segundo grado o garantía de un proceso justo. -	99
2.28.	Tutela jurisdiccional de tercer grado o garantía a una respuesta cualitativa;.....	100
2.29.	Tutela jurisdiccional de cuarto grado o susceptible de eficacia. -	100
2.30.	Tutela Diferenciada y Jurisdicción Contenciosa Administrativa. -	103
2.31.	La estructura del proceso urgente: ¿proceso declarativo sumario o tutela diferenciada?.....	108
2.32.	El establecimiento del proceso contencioso administrativo abreviado como “proceso especial” y la conversión del proceso contencioso administrativo sumarísimo hacia el proceso “urgente”	112
2.33.	Presupuestos del proceso urgente contencioso administrativo como manifestación de una tutela diferenciada	117
2.34.	Interés tutelable cierto y manifiesto:.....	119

2.35.	Que sea la única vía eficaz para la tutela del derecho invocado.	122
2.36.	Principios del Proceso Contencioso Administrativo.-	125
2.37.	Legitimidad para Obrar Activa.	126
2.38.	epresentación y Defensa de las entidades administrativas.	127
2.39.	Acumulación. -.....	127
2.40.	Los medios Probatorios. -.....	127
2.41.	Medios impugnatorios o recursos. -	131
2.42.	Competencia.-	132

CAPÍTULO III MARCO NORMATIVO

CAPITULO IV COMPARACIÓN CON EL TEXTO UNICO ORDENADO DE LA LEY DEL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO GENERAL DS N° 006-2017-JUS.

OPINION PERSONAL DEL CASO	140
CONCLUSIONES:	141
BIBLIOGRAFÍA.....	143

CAPITULO I

PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO SANCIONADOR

1. DOCUMENTOS ADMINISTRATIVOS

1.1. Informe N° 32-2015-JDC/MDY (22 de agosto 2015)

Del encargado de Almacén de Obras al Jefe de División de Obras Públicas, informando que en la calle Chullo N° 701 la carpeta asfáltica había sido rota. Municipalidad Distrital de Yanahuara, 2015 (MDY, 2015)

1.2. Hoja de Coordinación N° 110-2015-DOP-GDU-MDY (25 de agosto 2015)

Del encargado de la División de Obras Públicas al encargado de la División de Fiscalización Tributaria, haciendo de conocimiento que la Empresa SEDAPAR realizó la ruptura de la carpeta asfáltica, sin la autorización municipal y que por lo tanto deberá ser sancionado con lo tipificado en la Ordenanza N° 002-2009-MDY en el código N° 09-0401 “Ejecución de trabajos sin autorización municipal” (MDY, 2015)

1.3. Notificación de Cargo N° 364-2015-D.FIS/TRIB-MDY (31 de agosto 2015)

El cual indica que al haberse configurado y constatado infracción administrativa por parte de SEDAPAR se procede a establecer la sanción regulada con Código 09-0401, siendo firmada por encargado de Fiscalización Tributaria. (MDY, 2015)

1.4. Proveído N° 688-2015-D. Fis/TRIB-MDY (22 de setiembre 2015)

De la División de Fiscalización Tributaria al área de Asesoría Legal de Desarrollo Urbano, donde se remite Notificación de Cargo, para la emisión de la respectiva resolución sancionadora. (MDY, 2015)

1.5. Informe 547-2015-LTXCP-GDU-MDY (24 de setiembre del 2015)

El Área Legal de la Gerencia de Desarrollo Urbano opina imponer una multa de S/. 3,850 correspondientes al 100 % del valor de la UIT a SEDAPAR, por la infracción tipificada como “EJECUCIÓN DEL TRABAJO SIN AUTORIZACIÓN MUNICIPAL” (MDY, 2015)

1.6. Resolución Gerencial N° 569-2015-GDU-MDY (24 de setiembre del 2015)

Resuelve declarar la imposición de la multa correspondiente según el cuadro de infracciones y Escala de multas del Distrito de Yanahuara, infracción tipificada como “Ejecución de trabajos sin autorización municipal”, ascendente a S/. 3, 850.00 Soles correspondiente al 100% del valor de la UIT. (MDY, 2015)

1.7. Recurso de Apelación. - (21 de octubre 2015)

Interpuesto por SEDAPAR en contra de la Resolución Gerencial N° 569-2015-GDU-MDY, para que la misma sea dejada sin efecto en todos sus extremos. Indicando en los fundamentos que la Municipalidad al imponer la multa no tomó en cuenta, que la intervención de SEDAPAR se realizó con la finalidad de atender la ruptura de tubería matriz y lograr la reposición del servicio de agua potable, no siendo posible ni razonable esperar la obtención de una licencia, por lo burocrático de los trámites, no considerando cuanto de agua se desperdiciaría.

Que no se ha tomado en cuenta la Ley N° 26338 Ley General de Servicios de Saneamiento que en su artículo 49 establece que las entidades prestadoras están facultadas para usar a título gratuito el suelo, subsuelo y los aires de camino, calles, plazas y demás bienes de uso público así como cruzar, ríos, puentes y vías férreas en concordancia con lo establecido en el DS 013-98-PRES la misma que faculta a las entidades prestadoras de servicios de saneamiento a usar gratuitamente el sub suelo, aires, caminos , calles plazas y demás bienes de uso público sin licencia respectiva.

Vulnerándose según la administrada el debido procedimiento, afectando una de las garantías del derecho administrativo como es el derecho a obtener una decisión motivada, fundada en derecho, debiéndose valorar el principio de razonabilidad, considerando que

para la aplicación de determinada sanción se obliga a considerar como criterio la existencia o no de intencionalidad, ya que tal intervención se hizo para atender el desperdicio de agua potable, considerando que la multa deviene en **exceso de punición**.

1.8. Hoja de Coordinación N° 136-2015-LTXCP-GDU-MDY (22 de octubre 2015)

Mediante la cual la asesora de la Gerencia de Desarrollo Urbano indica que no puede emitir opinión por tratarse de un recurso de apelación. (MDY, 2015)

1.9. Informe Legal N° 191-2015-OAJ-MDY (01 de diciembre 2015)

Emitido por la Oficina de Asesoría Jurídica indicando que en ningún momento la Ley de Saneamiento permite que estos arreglos en espacios públicos puedan realizarse sin la licencia respectiva como refiere SEDAPAR y que la multa impuesta va acorde con el debido procedimiento, porque la decisión al imponerle la multa es motivada, según Ordenanza Municipal N° 007-2006-MDY. Opinando porque se declare infundada la apelación. (MDY, 2015)

1.10. Resolución N° 401-2015-MDY (16 de diciembre del 2015)

Declara infundado el recurso de apelación, bajo los mismos supuestos que el Informe Legal N° 191-2015-OAJ-MDY. (MDY, 2015)

1.11. Resolución Coactiva N° 001-2016-DEC-MA-GSCPA-MDY (4 de marzo del 2016)

Que en su primer considerando indica de manera errónea que con Resolución Gerencial N° 569-2015-GDU-MDY se impone una multa “POR REPARAR DEFICIENTEMENTE LAS PISTAS, VEREDAS Y OTROS” y consigna una base legal que no había sido empleada en dicha resolución, indicando que no habiendo cumplido con la obligación antes señalada es decir el pago de la multa en el término de ley (indicando nuevamente de manera errónea) la Resolución Gerencial N° 569-2015-GDU-MDY está consentida, cuando sabemos que se interpuso un recurso de apelación y que fue resuelto, iniciando procedimiento de Ejecución Coactiva, para que en el término de siete días hábiles cumpla con pagar a la orden de la Municipalidad la multa, más gastos y costas del procedimiento coactivo reguladas

por la Ordenanza Municipal N° 001-99, bajo apercibimiento de trabarse embargo en forma de secuestro conservativo en los bienes de propiedad de SEDAPAR, sin perjuicio de optar por otras formas de embargo. (MDY, 2015)

1.12. Resolución Coactiva N° 002-2016-DEC-MA-GDU-MDY (20 abril 2016)

Mediante la cual se traba una medida cautelar de embargo en forma de retención de fondos hasta por la suma de S/. 3, 850.00 Soles, suma que bastará para cubrir el monto de la obligación y el pago de costas y costos del procedimiento coactivo de embargo, que se ejecutará sobre los bienes, valores y fondos de las cuentas corrientes depósitos custodia y otros y de los derechos de créditos de los cuales SEDAPAR sea titular, debiendo cursarse los oficios al sistema financiero. (MDY, 2015)

1.13. Solicitud de suspensión de procedimiento coactivo (29 abril del 2016)

Señalando que la Resolución de Gerencia Municipal N° 401-2015-MDY, la cual declara infundado el recurso de apelación, ha sido impugnada mediante un proceso contencioso administrativo recaído en el expediente N° 1187-2016-0-0401-JR-CI-01, de acuerdo a ello según lo dispuesto en el literal e) del artículo 16 de la Ley del Procedimiento de Ejecución Coactiva, Ley 26972, se suspenderá si se encuentra en trámite o pendiente de vencimiento de, apelación, revisión o demanda contenciosa administrativa presentada dentro del plazo establecido por ley contra el acto administrativo que sirve de título para la ejecución o para el acto administrativo que determine la responsabilidad solidaria en el supuesto contemplado en el artículo 1 numeral 18.3 de la presente ley.

1.14. Proveído N° 498-2017-PPM (27 noviembre 2017)

En el cual el Procurador Municipal remite al Ejecutor Coactivo la Sentencia de Vista N° 536-2017-3SC y copia de la Sentencia N° 85-2016-1JEC-CSJA, la cual declara fundada la demanda interpuesta por SEDAPAR S.A, en consecuencia, declara nula la Resolución de Gerencia Municipal N° 401-2015 que confirma la Resolución de Gerencia N° 569-2015-GDU-MDY y se dispone que la Municipalidad de Yanahuara

cumpla con emitir nueva resolución, indicando que el expediente sea remitido a Gerencia Municipal.

1.15. PROVEIDO N°029-2017-DEC-MDY (28 de noviembre del 2017)

El Ejecutor Coactivo remite el expediente coactivo al Gerente Municipal. (MDY, 2015)

1.16. MEMORANDUM 1259-2017-GM-MDY (01 de diciembre 2017)

Del Gerente Municipal a Asesoría Jurídica para que emita opinión y de cumplimiento a la Sentencia de Vista N° 536-2017. (MDY, 2015)

1.17. Informe 35-2018-OAJ de la Oficina de asesoría Jurídica (28 de febrero del 2018)

Por el cual se opina se declare fundado el recurso de apelación interpuesto en contra de la Resolución N° 569-205-GDu-MDY y se deje sin efecto. (MDY, 2015)

1.18. Resolución N° 055-2018-MDY (28 de febrero del 2018)

Se declara fundado el recurso de apelación interpuesto por SEDAPAR, en contra de la Resolución N° 569-205-GDu-MDY y se deja sin efecto, dando por agotada la vía administrativa. (MDY, 2015).

1.19. DOCUMENTOS DEL PROCESO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

1.19.1. SEDAPAR INTERPONE DEMANDA

Dirigida en contra de la Municipalidad Distrital de Yanahuara, notificando al Procurador Municipal de la entidad, interponiendo demanda contenciosa administrativa (de manera errónea en cuanto al número de la resolución) en contra de la Resolución de Gerencia Municipal 397-2015-MDY de fecha 16 de diciembre del 2015, emitida por la Gerencia Municipal del Distrito de Yanahuara, que declara infundado el recurso de apelación con la finalidad de que se declare nula en su totalidad y ordene su ineficacia.

1.19.2. Sentencia N° 85-2016-1JEC-CSJA (15 de Setiembre del 2016)

Señalando que se tiene como argumentos de la contestación de la demanda por parte del Procurador Público de la Municipalidad de Yanahuara, habría manifestado que si bien de conformidad a la Ley de Servicio de Saneamiento en su artículo 49 se establece: “Que las entidades prestadoras, sujetándose a las disposiciones específicas que establezcan el reglamento de esta ley, están facultadas para usar a título gratuito el suelo y los aires de caminos, plazas y demás bienes de uso público, así como cruza, puentes y vías férreas”, sin embargo en ningún momento la ley indica sin licencia u autorización respectiva y por ende la administración actuó conforme a la Ley y a la multa impuesta y tampoco que no fuera posible ni razonable la obtención de una licencia porque la municipalidad otorga las licencias en un plazo de 24 horas y en caso de emergencias de manera inmediata.

Con la Resolución N° 3 se declara saneado el proceso y se fijan los puntos controvertidos y se admiten los medios probatorios ofrecidos, habiéndose actuado los medios probatorios. (Corte Superior de Justicia de Arequipa, 2016)

Puntos Controvertidos:

- a) Determinar si procede declarar la nulidad total de la Resolución de Gerencia Municipal N° 401-2015 de fecha 16 de diciembre del 2015.

- b) Determinar si como consecuencia de lo anterior corresponde declarar la ineficacia del acto administrativo.

En esta sentencia señala que la causal establecida en el artículo 10.1 de la Ley 27444 en torno a “la contravención a la Constitución, a las leyes o a las normas reglamentarias”, tiene por finalidad la protección del principio de legalidad.

Tal como lo establece el artículo 8 del Decreto Legislativo 104, el cual establece medidas para propiciar la inversión en materia de servicios públicos y obras públicas de infraestructura “Las empresas y entidades prestadoras de servicios públicos señalados en el artículo 2 del presente Decreto Legislativo, deberán asumir bajo responsabilidad las siguientes obligaciones: a) Observar la regulación específica en materia de salud pública, medio ambiente y ornato, desarrollo urbanístico, áreas protegidas del SINAMPE, seguridad nacional y patrimonio cultural, b) Adoptar la acción necesaria a fin de que no se afecte la prestación de otro servicio, ni que se generen daños a la infraestructura de uso público, ni a la de terceros. c) Asumir los gastos que se deriven de las obras de pavimentación y ornato en general, necesarias para cautelar el mantenimiento de la infraestructura que hubiere resultado afectada, siempre y cuando los mismos deriven de la ejecución de proyectos propios o como instalación de su propia infraestructura,”

Asimismo señala que el Tribunal Constitucional en el fundamento 5 de la Sentencia número 666-2013-PA/TC (Expediente 3520-2010-PA/TC), estableció que: “De acuerdo con el artículo 65 de la Constitución, uno de los fines del estado es la defensa de los intereses de los usuarios de los servicios públicos”. Por ello en su artículo 58 se establece que bajo el régimen de una economía social de mercado, el estado actúa principalmente en el área de servicios públicos, que busca la realización de los derechos de la salud y a un nivel de vida adecuado y digno es el de saneamiento, que según el artículo 1 de la Ley 26338, comprende “la prestación regular de servicios de agua potable, alcantarillado sanitario y pluvial y disposición sanitaria de excretas, tanto en el ámbito urbano como rural”, indicando el juez que este derecho no

es recogido expresamente en la constitución pero está relacionado a la dignidad humana.

La opinión de este juzgado pasa por advertir que la Resolución N° 401-2015-MDY se ha limitado a referir que el artículo 49 de la Ley General de los Servicios de Saneamiento, no establece que para usar el suelo, calles y bienes de uso público, las entidades prestadoras no requieran de licencia municipal, siendo que tal exigencia no está previsto en la norma y además no ha existido pronunciamiento, respecto de todos los argumentos contenidos en la apelación, ya que no se pronunciado sobre que la intervención se realizó para atender la rotura de tubería matriz y lograr la reposición del servicio de agua potable, así como para evitar que el agua continúe discurriendo, para lo que no es razonable esperar la obtención de una licencia, tampoco se ha emitido pronunciamiento sobre el principio de razonabilidad, además de ello aprecia que la resolución no se encuentra bien motivada ya que solo se limita a indicar que la resolución tiene sustento en la existencia de un Reglamento de Infracciones Administrativas y Cuadro de Sanciones de Infracciones y Multas en el Distrito de Yanahuara.

Señala además que era aplicable o que establece el artículo 10 de la Ley 30477, Ley que regula la ejecución de obras de servicios públicos autorizadas por las autoridades en espacios de dominio público respecto a la Ejecución de Trabajos de emergencia “10.1 Las empresas públicas, privadas y mixtas, prestadoras de servicios públicos no están obligadas a solicitar autorización de ejecución de obra, para realizar trabajos de emergencia, que impliquen la intervención de las área de dominio público.” Siendo así que al haberse emitido una resolución sin la motivación suficiente y además en contravención a la ley se ha desconocido el debido procedimiento reconocido en el Artículo IV inciso 1.2 del Título Preliminar de la Ley 27444.

Sobre la motivación señala que la decisión de la municipalidad no se encuentra debidamente motivada, ya que no se aprecia que hubiere existido pronunciamiento respecto de todos los argumentos contenidos en el escrito de apelación presentado por SEDAPAR, por tanto, la nulidad debe ser declarada fundada.

Por esta razón declaró fundada la demanda contenciosa administrativa interpuesta por servicio de agua potable y alcantarillado de Arequipa SEDAPAR por las causales establecidas en el artículo 10 1 y 2 de la Ley del Procedimiento Administrativo General, en consecuencia, declaro Nula la Resolución N° 401-2015-MDY de fecha 16 de diciembre el 2015. (CSJA, 2016)

1.19.3. SENTENCIA DE VISTA N° 536-2017-3SC (13 Octubre del 2017)

Fundamentos de la Apelación: Señala que no se ha tomado en cuenta que la demandada otorga autorizaciones para la apertura de zanjas en la vía pública a requerimiento de terceros para realizar conexiones domiciliarias de agua y desagüe y que la demandante es la única responsable de ejercer el control permanente en la calidad del servicio. En tal sentido no se puede sostener que no existe responsabilidad por el mal estado de la carpeta asfáltica, desmereciendo las pruebas proporcionadas al juzgado y legalizando los actos de destrucción de las calles.

Que no es cierto que la resolución no se encuentre motivada, ya que la municipalidad ha cumplido con motivarla y fundamentarla lo largo del procedimiento administrativo, según los principios del debido procedimiento, verdad material y el principio de simplicidad, teniendo en cuenta que la sanción se encuentra tipificada con código 09-040 con una multa de 100 % de la UIT y que se ignora lo prescrito por el artículo 4 del Decreto Supremo 003-98-PRES.

Según la sala revisora carece de sustento citar las alegaciones sobre el estado de la carpeta asfáltica y la falta de valoración de las pruebas referidas, ya que no se pretende determinar si se destruyó o no la carpeta asfáltica.

Señala que la actuación de la demandante era necesaria y lo hizo en cumplimiento de sus atribuciones, como lo dispone el inciso b) del artículo 8 del Decreto Legislativo 1014 ya que en su condición de Entidad Prestadora de Servicios Públicos tiene el deber de “Adoptar las acciones necesarias a fin de garantizar que no se afecte la prestación de otros servicios, ni que se generen daños a la infraestructura de uso público, ni a la de terceros”, considerando

además que la administración debió recurrir al principio de razonabilidad establecido en el artículo IV numeral 1.4 del Título Preliminar de la Ley N° 27444.

Por eso este tipo de autorizaciones municipales están sujetas al silencio administrativo positivo tal como lo indica el artículo 5 del Decreto Legislativo N°1014 modificado por Ley 30056, a través de la Ley 30477 artículo 10 que señala “10.1 Las empresas públicas, privadas y mixtas, prestadoras de servicios públicos, no están obligadas a solicitar la autorización de ejecución de obra para realizar trabajos de emergencia que impliquen la intervención de las áreas de dominio público. Comunican al gobierno local en cuya jurisdicción se realiza dicho trabajo, en el plazo máximo de 3 días hábiles de ocurrida la emergencia”. En consecuencia, al emitir la Resolución N° 401-2015-MDY o se ha cumplido con motivar, considerando que estaba ante una contingencia imprevista.

Además, corrigen un error de la sentencia de primera instancia ya que en la parte considerativa se advierte que en el punto uno se hace referencia a que la resolución de Gerencia Municipal N° 401-2015 habría confirmado la Resolución Municipal N° 61 debiendo ser la Resolución de Gerencia N° 569-2015-GDU-MDY error que se corrige al amparo del artículo 407° del código procesal civil.

De esta manera confirman la sentencia de primera instancia declarado fundada la acción contenciosa administrativa, declarando nula por las causales establecidas en el artículo 10 inciso 1 y 2 de la Ley del Procedimiento Administrativo General, en consecuencia, declara nula la Resolución N° 401-2015-Gm-MDY que resuelve confirmarla resolución N° 569-205-GDU-MDY.

CAPITULO II

MARCO TEÓRICO

2. ADMINISTRACIÓN PÚBLICA

La administración pública es entendida como la manifestación específica del poder del estado, mediante la cual se ejecuta y realiza la ley. El Estado ejerce el *Ius Imperium* sobre la base del interés público.

También es entendida como la actividad funcional de los órganos del Estado, que tiene como complemento necesario el procedimiento sancionador para que sus órdenes se cumplan.

La administración pública es aquella que a través de sus instituciones y personas que trabajan para ella busca alcanzar los fines que justifican la existencia del Estado, al pretender siempre que prime el interés general sobre el particular impactando en la vida social, jurídica y económica de su ámbito de desenvolvimiento.

Por solo poner un ejemplo el desarrollo de las políticas públicas que desarrolla el Estado peruano, se van a concretizar en normas, directivas, reglamentos, que deben ser aplicadas por las entidades que posee el Estado, para ello la administración pública debe haber alcanzado el máximo nivel de eficacia y eficiencia para dar por satisfechas las necesidades de la población, sin que estas se vean desatendidas por una inacción o por trámites burocráticos innecesarios y costosos para el Estado y el administrado, que nos lleven al desarrollo y a la igualdad que todo país merece.

Para ello la administración pública peruana debe tener una misión y una visión general para saber hacia dónde queremos llegar y para qué y cómo, partiendo de que la administración pública administra recursos no de un particular, sino de todos los peruanos, por eso la exigencia de que estos recursos a través de los funcionarios y autoridades sepan cómo gastarse adecuadamente.

Una administración pública debe trabajar con herramientas de gestión que alcancen resultados y que viabilicen sus procesos, de igual manera detectar cuáles son los riesgos a los que está sometida cada entidad para de esta manera mitigarlos. El conocimiento del Plan Operativo Institucional por parte de los miembros de una

entidad es fundamental para la toma de decisiones, de lo contrario se estaría trabajando a la deriva y sólo para la justificación de una remuneración.

Lamentablemente la administración pública es quien más transgrede los derechos de los administrados.

2.1. Actividades de la Administración Pública.

- **“Actividad de limitación de derechos denominada actividad de policía:**

- a) Autorizaciones, licencias y permisos.
- b) Limitación de los derechos.
- c) Parámetros para la actividad limitadora de la administración, derechos constitucionales (núcleo duro).

- **Actividad Prestacional:**

Está referida al manejo de los servicios públicos.” (Christian Guzmán Napurí “Manual del Procedimiento Administrativo General”, Pacífico Editores, Primera Edición, Junio 2013)

El servicio público es la prestación, obligatoria, individualizada y concreta de bienes y servicios para satisfacer, necesidades primordiales de la comunidad.

- **Salud, seguridad social, transportes, etc.**

El artículo 119 de la Constitución Política del Perú, señala que la dirección y gestión de los servicios públicos, están confiadas al Consejo de Ministros y a cada ministro que competen los asuntos a la cartera de su cargo.

- Los Gobiernos Regionales y Municipalidades prestan servicios públicos (Art. 188 y 189 CPP). (Guzmán Napurí, 2013).

- **Actividad de Fomento:**

Promoción y estímulo para la realización de actividades por parte de los particulares de interés general. Tenemos las subvenciones y subsidios, convenios y premios. (Guzmán Napurí, 2013)

- **Actividad Normativa:**

Emisión de norma de rango secundario.

Reglamentos.

Facultad discrecional. (Guzmán Napurí, 2013)

- Actividad Sancionadora
- Actividad Cuasi Jurisdiccional

Procedimiento administrativo trilateral. (Guzmán Napurí, 2013)

Artículos 219 al 228 ley 27444

Generalmente es usado por los organismos reguladores.

2.2.DERECHO ADMINISTRATIVO

El Derecho Administrativo es parte del Derecho Público, esta rama convierte el derecho constitucional, en un derecho dinámico, activo y viable. También podemos considerarlo como un conjunto de normas y principios, debiéndose manifestar como un Estado Servidor, ya que se está al servicio del ciudadano y como un Estado Fiscalizador, veedor de que se respete el Estado de Derecho.

Al referirnos a que el Estado adopta una función fiscalizadora, indica que está ejerciendo una función de control y controlar no es reducir derechos, sino compatibilizarlos y armonizarlos para la convivencia social.

El derecho administrativo vendría a ser todo el aparato administrativo jurídicamente identificado, dentro del derecho administrativo encontraremos al procedimiento

administrativo que es el conjunto de formalidades administrativas que conducen a la emisión de un acto administrativo.

El derecho administrativo estudia la estructura del Estado en otras latitudes se conoce como el derecho público, pero como consecuencia de la emisión de los actos administrativos nace el procedimiento administrativo y es que el administrado tiene que ver como el derecho debe proteger sus intereses.

2.3.1. JURISDICCIÓN ADMINISTRATIVA

“Podría parecer que la administración pública ejerce jurisdicción, pero para ello debería contar con los elementos que tipifican el régimen jurídico de la actividad jurisdiccional a) Carácter definitivo de la resolución y b) Pronunciamiento hecho por un órgano imparcial independiente.”(DANTE CERVANTES ANAYA, “Manual de Derecho Administrativo”, Editorial Rhodas, Junio 2013). Una concepción aceptando la existencia de la jurisdicción administrativa sería lesiva al principio de separación de poderes siendo una *contradictio in terminis*.

1.4 LEY 27444

La Ley del Procedimiento Administrativo General establece las normas comunes para las actuaciones de la función administrativa del Estado y regula todos los procedimientos administrativos desarrollados en las entidades incluyendo los procedimientos especiales.

En el numeral 8 del artículo 1 del título preliminar de la Ley, señala que también es aplicable a aquellas entidades privadas, es decir estas entidades privadas pueden emitir actos administrativos, siempre y cuando ofrezcan un servicio público y que derive de atribuciones que le otorga el Estado, como por ejemplo las notarías.

Se establece una diferencia entre procedimiento y proceso, ya que en el procedimiento yo presento una solicitud y no existe parte contraria mas quien tiene que resolver es decir la autoridad administrativa, en el caso del procedimiento trilateral ya se vuelve un proceso por haber dos partes, según Cesar Castiglioni, ya que hay instrucción del procedimiento, hay actuación probatoria y hay hasta audiencia, porque hay Litis, otra parte se siente afectada por interés concreto o intereses difusos, este procedimiento

trilateral, forma parte de la ley y no pudo ser sacado, pero ya no es un procedimiento propiamente dicho, la autoridad administrativa tiene que resolver un conflicto de intereses, ya que hay controversias entre partes.

2.4.Principios del Procedimiento Administrativo

Los principios que rigen la actuación de la administración pública, no sólo constituyen principios imprescindibles de la propia función administrativa objetivamente considerada, sino que además cumplen una triple función de fundamento interpretación e integración del ordenamiento jurídico garantizando la tutela administrativa efectiva. Ellos son:

Principio de Legalidad. - En aplicación de este principio las facultades conferidas a las entidades de la administración pública deben ejercerse en el marco de la Constitución y las leyes contando siempre para ello con una norma que les señale siempre su campo atributivo, el cual en ningún caso puede ser ilimitado. Así mientras los sujetos de derecho privado pueden hacer todo lo que no está prohibido, los sujetos de derecho público solo pueden hacer aquello que les está expresamente facultado. Es decir no basta la simple relación de no contradicción sino además una relación de subordinación, pues para que sea legítimo un acto de la administración pública no resulta suficiente que no sea ofensivo a la ley, sino que además sea realizado sobre la base de una norma permisiva. Es la vinculación positiva de la ley a diferencia de la vinculación negativa que la presentan todos los administrados. (MORÓN URBINA, Juan Carlos (2011). Comentarios a la Ley del Procedimiento Administrativo General. Novena Edición. Lima: Gaceta Jurídica, pág. 26)

Principio del debido Procedimiento. - En relación con el derecho al debido proceso en el marco de un procedimiento administrativo, el Tribunal Constitucional en la sentencia recaída en el Expediente N° 04289-2004-AA/TC fundamento 3 señaló lo siguiente:

“El derecho al debido proceso y los derechos que contiene son invocables y por tanto están garantizados, no solo en el seno de un proceso judicial, sino también en el ámbito del procedimiento administrativo. Así el debido proceso administrativo supone en toda circunstancia el respeto por parte de la administración pública o privada, de todos los principios y derechos normalmente invocables en el ámbito de

la jurisdicción común o especializada a los cuales se refiere el artículo 139 de la Constitución (juez natural, juez imparcial, juez independiente, derecho de defensa, etc.)” (Expediente N° 04289-2004-AA/TC, Fundamento Tercero Tribunal Constitucional)

Principio de Razonabilidad. - Se encuentra recogido en el numeral 1.4 del artículo IV del Título Preliminar de la Ley 27444, el que establece que “Cuando las decisiones de la autoridad administrativa impongan restricciones a los administrados, debe existir proporcionalidad entre los medios a emplear y los fines que se pretende tutelar” (Ley 27444 Ley del Procedimiento Administrativo General). Al respecto el Tribunal Constitucional ha planteado el Test de Razonabilidad, que conlleva al cumplimiento de sus tres dimensiones:

- Juicio de Adecuación: La medida debe ser un medio jurídico idóneo y coherente para lograr su fin u objetivo previsto por el legislador.
- Juicio de Necesidad: La medida elegida debe ser la menos lesiva para los derechos e intereses de los administrados y que no existan otras medidas que siendo más garantistas, puedan cumplir con igual eficacia los fines previstos para su ejecución.
- Juicio de Proporcionalidad: El grado o magnitud de la medida debe guardar una relación equivalente –ventajas y desventajas- con el fin que se procura alcanzar.

Principio de Presunción de veracidad.

Principio de Participación.

Principio de Predictibilidad.

Principio de Uniformidad.

Principio de Privilegio de Controles Posteriores. (Ley 27444, LPAG)

1.6 Fuentes de Derecho Administrativo:

La Constitución. - “El artículo 51 de la Constitución prevé el principio de primacía constitucional, supeditando la validez de cualquier norma jurídica a lo establecido en ella”. (Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, Guía de Opiniones Jurídicas, emitidas por la Dirección General de Desarrollo y Ordenamiento Jurídico, Segunda Edición 2017)

- Tratados y Convenios Internacionales

La Ley. - Segundo nivel jerárquico en nuestro sistema legislativo, aprobada por el Congreso de la República, comprende a las leyes ordinarias, leyes orgánicas, leyes de desarrollo constitucional y otras según su procedimiento de aprobación (MINJUS, 2017).

La Ley Ordinaria, expedida por el Congreso de la República, puede normar cualquier materia, con excepción de lo normado por leyes orgánicas y las que sean materia exclusiva de los gobiernos regionales o municipales (MINJUS, 2017).

Decretos Supremos. -Son normas expedidas por el Poder Ejecutivo, de jerarquía inferior a la de la ley, la reglamentación de la ley se aprueba por decreto supremo, (MINJUS, 2017).

Reglamentos. - Permiten que el derecho, prerrogativa o servicio reconocido por la ley se efectivice. Tenemos los reglamentos secundum legem y extra legem, los primeros son los llamados reglamentos de ejecución de las leyes los extra legem son independientes, organizativos o normativos (MINJUS, 2017).

Las demás normas subordinadas a los reglamentos anteriores.

Las jurisprudencias que interpretan disposiciones administrativas.

Las Resoluciones. - Emitidas por la administración a través de sus tribunales o consejos regidos por leyes especiales, estableciendo criterios interpretativos, están decisiones generan precedentes administrativos. Las cuales están conformadas por los considerandos que vienen a ser la composición entre el derecho y los hechos, es decir vamos desglosando poco a poco los hechos para conjugarlo con el derecho,

nutriéndose muchas veces de los informes de las jefaturas o divisiones de la entidad, estas pueden ser parte de la motivación del acto administrativo, pero no consulta al administrado para poder emitir esta resolución, por eso el acto administrativo es unilateral, esa es la gran diferencia con el acto jurídico, es verdad que hay actos jurídicos como el testamento que también es unilateral, pero obedecen a otra naturaleza.

Los pronunciamientos vinculantes de entidades facultadas.

Los principios generales del derecho administrativo.

2.5. ACTO ADMINISTRATIVO.

Es la declaración de una entidad que basada en normas de derecho público va a producir efectos sobre las obligaciones, intereses y derechos de los administrados, (Ley 27444, LPAG).

Si hablamos de declaración nos referimos a un pronunciamiento de la administración pública que debe ser motivado, para dar respuesta en ciertas ocasiones a una petición de un administrado, refiriéndome de este modo ya que la entidad también puede actuar de oficio, como en el caso de los procedimientos disciplinarios o sancionadores.

Para ello la motivación debe significar una respuesta a todo lo peticionado por el administrado, ya sea procediendo a su pedido o no, pero sin dejar alguna petición sin pronunciamiento, lo mismo pasa en los recursos de apelación, por ejemplo si el apelante cuestiona un acto administrativo por A, B y C, quien resuelve la apelación no sólo debe responder por A y B, ya que de no responder por C, existiría una motivación aparente y al respecto el Tribunal Constitucional ya se ha pronunciado indicando que tal motivación deviene en nulidad. Este pronunciamiento recae en el Expediente N° 00728-2008-PHC/TC, en el sentido cuando la administración no da cuenta de las mínimas razones que sustentan su decisión, (MINJUS, 2017).

La motivación es la declaración de las circunstancias de hecho y de derecho, que inducen a la emisión del acto, normalmente se hace presente en los considerandos,

mediante la motivación se sostiene la legitimidad y oportunidad de la decisión a tomar.

La motivación es la declaración de las circunstancias de hecho y de derecho que han inducido a la emisión del acto. Está contenida dentro de lo que usualmente se denomina considerandos. Constituyen por lo tanto presupuestos o razones de acto, (Dante Cervantes, 2013)

La entidad es aquella competente, para emitir el acto administrativo.

Si hablamos de derecho público debemos entender que no sólo se agota con la dación de la Ley 27444, Ley del Procedimiento Administrativo General, sino que un acto administrativo debe estar acorde con todo el ordenamiento jurídico, empezando por la Constitución y los derechos fundamentales.

La competencia vendría a ser el conjunto de atribuciones que en forma expresa o razonablemente ejerce el órgano o ente administrativo.

Los efectos están ligados a la eficacia del acto administrativo, cuando un acto es eficaz puede reconocer derechos, pronunciarse sobre los intereses del administrado y crear obligaciones.

Es importante mencionar el derecho de petición reconocido por la Constitución Política del Perú, ya que a través de este derecho solicitamos a la administración pública cualquier petición y este pedido al ser recibido por la administración amerita un pronunciamiento que puede ser favorable o adverso que conlleve a una manifestación de voluntad de la administración pública que se perfecciona generalmente a través de resoluciones, todas estas manifestaciones se realizan dentro del ámbito estatal, en sus tres niveles de gobierno, gobierno central , gobierno regional y finalmente gobierno local.

Pueden existir actos de administración que lesionan derechos o que me causen indefensión, estos son recurribles, entonces se podría pensar que no existe un plazo para impugnarlos, al respecto la Sala Constitucional y Social de la Corte Suprema, indica que debió impugnarse dentro del plazo de quince días.

Hay que dejar claro que todo acto administrativo se presume válido mientras no se haya declarado su nulidad en sede administrativa o en sede jurisdiccional.

2.5.1. “Requisitos de Validez del Acto Administrativo. -

- Motivación.
- Competencia.
- Fin público.
- Objeto y contenido.
- Procedimiento regular, (Ley 27444, LPAG)”.

El Acto Administrativo supone el ejercicio de casos concretos, ya que éste de tener carácter general o abstracto, tendría que ser un acto de administración.

Para que un acto administrativo pueda surtir efectos este debe ser debidamente notificado, esta notificación no debe ser imprecisa, ni ambigua, tiene como fin que el administrado tome conocimiento. El acto administrativo tiene efectos particulares, frente a la norma que tiene efectos generales. Bajo ese análisis no corresponde indagar si un acto administrativo tiene o no mayor jerarquía que una norma, lo apropiado es determinar si el acto administrativo es nulo o no por haber respetado la legislación.

2.5.2. Nulidad de los Actos Administrativos. -

“El acto administrativo tiene que satisfacer todos los requisitos, relativos al objeto, competencia, voluntad y forma y producirse con arreglo a las normas que regulan el procedimiento administrativo” (Dante Cervantes, 2013).

“La administración puede realizar actos defectuosos, estos actos no pueden formar parte del orden jurídico porque se les repele por el hecho de estar marcados por alguna irregularidad en su nacimiento, son actos inválidos desde su creación, son actos nulos. Estos actos administrativos inválidos han nacido dentro del orden jurídico y han producido efectos, porque han cumplido con un mínimo de requisitos necesarios para tal evento. A diferencia de ello los

actos inexistentes no pertenecen ni pueden tener vivencia en la administración pública. Hay entonces entre ambos actos los inválidos y los inexistentes una separación profunda: el inexistente nace sin vida, mientras que el inválido tiene vivencia en el mundo jurídico y puede extinguirse o vivir pese a sus efectos. El acto inexistente no tiene razón para su inexistencia dentro del orden jurídico. No se apoya en normas legislativas ni constitucionales, mientras que el acto inválido tiene su razón de ser en una de estas dos fuentes. El acto inexistente está fuera del orden jurídico” (Dante Cervantes, 2013).

2.5.3. Contravención a la Constitución, a las leyes o a las normas reglamentarias. –

Partiendo que esta causal es no enmendable, es decir no podría darse la figura de la conservación del acto administrativo prevista en el artículo 14 de la Ley 27444, (MINJUS, 2017). Pero ese acto tiene vigencia mientras no se declare su nulidad, lo mismo sucede con una ley o un dispositivo legal emitido por el Poder Ejecutivo mantiene su vigencia mientras no sea expulsada del sistema jurídico por más que esté en contra de la Constitución Política del Perú, en contra del Código Civil, pero debe ser expulsada por los caminos correspondientes como la demanda de inconstitucionalidad o de acción popular o su derogatoria por parte del Congreso de la República o del Poder Ejecutivo, para que se dejen sin efecto estos dispositivos.

2.5.3.1.Efectos de la Declaración de Nulidad.

Son tres los efectos de la nulidad, el primero de ellos tiene naturaleza declarativa y retroactiva, sólo a la fecha del acto. Asimismo, el acto declarado nulo es inexigible, tanto para los administrados como para la autoridad administrativa, en este último supuesto se exige la motivación de su negativa. Por último, nace la responsabilidad de dictó el acto siempre que éste se encuentre consumado o sea imposible retrotraer sus efectos. Lo innovador en nuestro ordenamiento jurídico administrativo es la existencia de anulabilidad y conservación del acto jurídico, (MINJUS, 2017, p.56).

2.5.4. Eficacia del Acto Administrativo.

El acto administrativo es eficaz a partir de que la notificación legalmente realizada produce sus efectos (Ley 27444, LPAG), la falta de notificación es considerada como un vicio cuya consecuencia es la nulidad,

2.5.5. Notificación del Acto Administrativo.

Una notificación realizada de acuerdo con la normatividad aplicable, permitirá que el administrado vea garantizado su derecho al debido procedimiento administrativo, especialmente en lo que respecta al derecho de defensa, al tener conocimiento de los actos administrativos en su contra e impugnarlos, de considerarlo así, de manera oportuna, además hay que tomar en cuenta lo establecido por el artículo 27.2 de la Ley 27444 la cual indica que se tendrá por bien notificado al administrado a partir de la realización de actuaciones procedimentales del interesado que permitan suponer razonablemente que tuvo conocimiento oportuno del contenido o alcance de la resolución o interponga cualquier recurso que proceda.

La notificación extemporánea de un acto administrativo puede generar efectos sustantivos para el procedimiento, en los casos de procedimientos de evaluación previa, la respuesta tardía de la autoridad podría dar lugar a la aplicación del silencio administrativo positivo o negativo.

Como se puede apreciar de acuerdo a la Ley 27444 la notificación administrativa se entiende realizada en el momento en que materialmente se produce la entrega de la copia del acto y no en ningún momento posterior. Por esta razón es que esta misma ley contempla que al momento de realizar dicha entrega, es necesario señalar fecha y hora, toda vez que es a partir de este momento que el acto adquiere eficacia jurídica para el administrado, incluso contempla las acciones que se debe tomar ante la negativa de recibir el acto notificado, disponiendo que tal situación sea consignada en acta, teniéndose el acto por notificado.

2.6.Procedimiento Administrativo. -

Es la serie de actos que encuentran su razón de ser en un pronunciamiento final por parte de la administración, cuyo contenido está dirigido en primera fase a producir efectos jurídicos, sobre los intereses, obligaciones o derechos de los administrados, esto es, a la creación, reconocimiento, modificación o extinción de una relación jurídica individual, (MINJUS, 2017, p.56).

Morón Urbina señala que el procedimiento administrativo es un procedimiento dictatorial, porque cuando vamos a realizar un procedimiento ante cualquier entidad, ya que si se nos deniega un pedido podemos recurrir a un recurso de reconsideración amparado en mi derecho constitucional y en las posibilidades que me ofrece el procedimiento administrativo general. Todo ello va a estar contenido en el expediente administrativo, el cual será objeto de revisión en un proceso contencioso administrativo si fuera necesario por parte del poder judicial en el momento que tramitemos la demanda.

De acuerdo con el artículo 29 de la Ley 27444, se denomina procedimiento administrativo, al conjunto de actos y diligencias tramitados en las entidades conducentes a la emisión de un acto administrativo que produzca efectos jurídicos individuales o individualizables sobre los intereses, obligaciones o derechos de los administrados.

Royo Villanova en su obra “Elementos del Derecho administrativo” conceptúa al procedimiento administrativo como la serie de trámites y formalidades exigidas para la realización de un acto administrativo, otorgándole un doble propósito, perseguir en primer lugar la adecuada y correcta marcha del ente administrativo y en segundo lugar tutelar preservar los derechos e intereses de los administrados para que no sean afectados por la expresión de voluntad de la administración.

Algunos autores utilizan los términos de proceso y procedimiento como sinónimo sin embargo otros los distinguen considerando el proceso como un concepto teleológico-doctrina de las causas finales- siendo el procedimiento de índole formal.

En opinión de Carnelutti el proceso constituye en sí una función eminentemente estatal y los procedimientos distintas formas de manifestación de la actividad o función, (Dante Cervantes, 2013).

Por su parte el Doctor Cesar Venegas Vargas considera que el proceso administrativo es el conjunto sistemático, unitario, complejo, progresivo y concatenados de actos jurídicos, procesales, administrativos que ejercidos por los administrados o el órgano jurisdiccional competente, se estructuran para producir un acto de individualización de una norma administrativa, a objeto de integrarla a su plenitud si ha sido perturbada o declarada inaplicable, reconociendo, modificando o extinguiendo o removiendo una determinada situación de hecho o de derecho. Y en cuanto al procedimiento administrativo, precisa que es el conjunto de actos procesales debidamente arreglados y sistematizados, en constante y permanente desarrollo en virtud de los cuales el órgano administrativo para resolver una cuestión que formalmente se le plantea, en el ejercicio de facultades que le son inherentes a su actuación y que se orienta a propender el reconocimiento de los legítimos y justos intereses de los particulares y en salvaguarda y garantía convivencia social.

Pese a que el tema ha sido tratado ampliamente todavía existen diversas confusiones conceptuales ente proceso y procedimientos, sin embargo considero que todo ello depende del enfoque y la legislación de cada país, por ejemplo para Garcia Trevijano, la jurisdicción puede efectuarse tanto por la administración como por el Poder Judicial, entendiendo la jurisdicción como la facultad de componer intereses contrapuestos y agrega lo que sucede es que el poder judicial utiliza mecanismos de procesos mientras que la administración utiliza el vehículo del procedimiento con las diferencias sustanciales existentes entre ambos.

Por su parte el profesor Martínez Morales en México, considera que un proceso puede calificarse de administrativo cuando concurren cualquiera de las dos circunstancias siguientes: que una de las partes en la controversia sea la administración pública o que resuelve la controversia sea un órgano de la propia administración pública, por procedimiento administrativo entiende la serie coordinada de medidas tendientes a producir y ejecutar un acto administrativo, (Dante Cervantes, 2013).

2.7. Calificación de los Procedimientos Administrativos. -

Los procedimientos administrativos que, por exigencia legal, deben iniciar los administrados ante las entidades, para satisfacer o ejercer sus intereses o derechos, se clasifican en procedimientos de aprobación automática o de evaluación previa por la entidad y este último a su vez sujeto a silencio positivo o negativo, señalado esto de acuerdo a cada entidad por su respectivo TUPA (Texto Único de Procedimientos Administrativos), (Dante Cervantes, 2013).

El procedimiento de evaluación previa es un procedimiento administrativo por excelencia, en el cual tiene que haber un pronunciamiento debidamente motivado, por parte de la autoridad administrativa competente, en el plazo que lo determine una norma especial o la Ley 27444, Ley del Procedimiento Administrativo General. Ello por la complejidad de su petitorio, por su repercusión en la sociedad o por su posibilidad de afectación de derechos de terceros, a fin de que se emita un pronunciamiento que pueda garantizar el adecuado ejercicio de libertades y derechos. En el caso de que estas solicitudes no encuentren respuesta aún después de haber vencido el plazo establecido, la ley ha previsto la figura de los silencios administrativos.

En el silencio Administrativo Positivo, cuando el administrado después de un transcurso de tiempo no obtiene un pronunciamiento, puede presumir que su solicitud ha sido aprobada, en el caso del Silencio Negativo el administrado después de un transcurso de tiempo sin pronunciamiento de la administración pública, puede asumir que su solicitud ha sido denegada. Produciéndose en estos casos una resolución ficta, llamada también resolución de hecho, que es una resolución que no existe, pero que está reglamentada en razón de no perjudicar al administrado, (MINJUS, 2017, p.67).

En el procedimiento de aprobación automática se entenderá aprobada la solicitud cumpliendo todos los requisitos señalados en el TUPA, desde el momento de su presentación ante la entidad, toda vez que se basa en el principio de presunción de veracidad, es decir las entidades no emiten ningún pronunciamiento expreso confirmatorio de la aprobación automática, pues para considerarla aprobada basta el cargo de presentación ante la autoridad, conteniendo el sello oficial de recepción. Sin embargo, el artículo 31 de la Ley 27444 ha previsto que en caso se requiera

necesariamente la expedición de un documento sin el cual el usuario no pueda hacer efectivo su derecho, la administración pública deberá remitirlo en el plazo de 05 días.

La finalidad de esta segunda modalidad del procedimiento administrativo es permitir la celeridad en la iniciativa y actividades socioeconómicas que son importantes para la sociedad, (MINJUS, 2017, p.68).

“Los procedimientos de evaluación previa son aquellos que requieren la realización de una etapa de investigación y análisis a fin de poder determinar la concesión o denegatoria de la solicitud presentada por un administrado mediante la emisión de un acto administrativo. Como señala la doctrina este es el verdadero procedimiento administrativo, el cual sirve como un mecanismo de control de las actividades sociales y económicas de la población, luego de haber realizado las respectivas etapas de instrucción, sustentación y probanza. Aquí se requiere realizar una revisión de forma y de fondo” (MINJUS, 2017, p.68).

El procedimiento de evaluación previa tiene dos fases, la de conocimiento y la de ejecución, la primera va dirigida a obtener la decisión administrativa, mientras que la ejecución convierte en realidad lo decidido, (MINJUS, 2017, p.70).

Los derechos preexistentes como son la adquisición de licencias, son de aprobación automática, al momento de presentar la solicitud, cumpliendo con todos los requisitos del Texto único de Procedimientos Administrativos, la calificación previa cuando tiene que darse en el plazo máximo de treinta días y de ahí el silencio administrativo positivo y el silencio administrativo negativo.

Cuando se habla de la nulidad en el silencio administrativo positivo sucede que en el transcurso de los treinta días, no necesito acogerme al silencio administrativo, la sola presencia de presentación de mi solicitud y el transcurso del plazo me da el derecho de haber ganado frente a esa inacción de la administración pública, por lo cual se me otorga lo que he solicitado, pero muchas veces la administración pública se niega a reconocerme ese derecho, solemos presentar un escrito acogiéndome al silencio administrativo positivo, por esta suerte de suceso he ganado un derecho, pero a veces ese derecho no necesariamente me corresponde, donde se empezarían a generar problemas materiales.

2.8. Texto único de Procedimientos Administrativos. -

El TUPA es un instrumento de gestión, creado para brindar a los administrados la información sobre los procedimientos administrativos que se tramitan ante las entidades (requisitos, silencios, costo y plazos). Compila los procedimientos administrativos y servicios exclusivos que brinda una entidad pública.

Este documento debe estar a disposición de los ciudadanos para que puedan iniciar sus procedimientos, ordena de manera homogénea un conjunto de trámites que son brindados por las instituciones públicas, precisa su tiempo y costo, reduce la discrecionalidad y parcialidad de los funcionarios.

Encontraremos la relación ordenada de todos los procedimientos administrativos que se realizan en la entidad correspondientes, se detalla el nombre del procedimiento, los requisitos, los plazos y el acto administrativo que va a conceder o denegar según el cumplimiento de los requisitos.

2.9. Sujetos del Procedimiento Administrativo. -

Administrados: “El rol atribuido a la administración pública no se agota en ser la parte directiva, dentro de un procedimiento administrativo, toda vez que la administración se ve en la necesidad de actuar como administrado frente a otro ente estatal a efecto de alcanzar un pronunciamiento por parte de este que le facilite el logro de las funciones que le fueron encomendadas” (Informe Jurídico N°007-2015-JUS/DGDOJ111, Lima, Abril 2015).

También es aquel que sin haber iniciado procedimiento administrativo, posee derechos o intereses legítimos que pueden ser afectados por la decisión a adoptarse. Este es el caso de los administrados nacionales o extranjeros, que son imputados por la comisión de una infracción administrativa.

Autoridad Administrativa: “El Estado ha delegado facultades concretas y específicas en distintos entes, que en nombre y representación de dicho Estado, se encargan de materializar una situación jurídica concreta conociéndole en el ámbito del derecho como autoridad administrativa, el cual va a emitir un acto administrativo, en cumplimiento de facultades encomendadas, actuando como parte directora del

mismo, cuyo fin es el logro de los intereses, obligaciones o derechos de un administrado”(DGDOJ111, Lima,2015).

2.10. Recursos Administrativos.

La Ley del Procedimiento Administrativo General establece que “son impugnables los actos definitivos que ponen fin a la instancia y los actos de trámite que determinen la imposibilidad de continuar el procedimiento o produzcan indefensión. El plazo general para resolver el procedimiento recursivo, no está referido a una regla sobre la actuación del administrado, sino a una actuación o función de la autoridad administrativa” (Ley 27444, LPAG) Así tenemos:

- **Recurso de Reconsideración:**

“El fundamento de este recurso radica en permitir que la misma autoridad que conoció del procedimiento revise nuevamente el caso y pueda corregir sus equivocaciones de criterio o de análisis. Como se trata de la autoridad que ya conoce del caso, antecedentes y evidencia, presupone que podrá dictar resolución con mayor celeridad que otra autoridad que recién conozca de los hechos. De tal manera la norma permite a la autoridad que dictó el acto que conozca su equivocación procediendo a modificarlo, para evitar el control del superior jerárquico” (MINJUS, 2017, p.142).

- **Error en la Calificación:**

“Si el administrado hubiera incurrido en error en la calificación del recurso, esto es hubiera consignado una denominación distinta al de recurso de apelación, pero que de su contenido se pueda advertir que ha formulado una impugnación del acto administrativo, corresponde que la administración encauce y tramite con el procedimiento correcto” (Informe Legal N° 105-2015-JUS/DGDOJ, diciembre 2015, Lima).

2.11. Notificación. -

La ejecución de un acto administrativo que no hubiese sido objeto de publicidad o comunicación, hubiese sido írrita. Luego de notificados los actos administrativos operan como plenos títulos de los derechos que ellos reconocen.

Es admisible la notificación verbal sólo cuando el acto válidamente no esté documentado por escrito. Además, si la voluntad administrativa se exterioriza por señales o signos, su conocimiento o percepción importaría notificación.

El acto administrativo no notificado por impulso de la administración puede llegar a ser eficaz mediante la notificación de sus efectos por parte del interesado. No ocurre lo mismo con el reglamento, este si no es publicado no puede ser invocado por los particulares que tengan conocimiento de él, porque ello violaría la igualdad ante la ley, es necesario que el reglamento se aplique a la generalidad de los individuos a quienes sus disposiciones contemplan, sin hacerse distinciones no establecidas en el.

“La notificación de un acto administrativo supone necesariamente el otorgamiento implícito de un acto tácito, conforme a lo precedentemente expuesto de la vista de las actuaciones en que dicho acto ha sido producido y de los dictámenes, informes etcétera, que hayan dado lugar a él, sean que estos coincidan con la decisión o sean contrarios a esta.” (Dante Cervantes, 2013)

Una característica esencial del procedimiento administrativo sancionador está referida a la notificación de cargos, la cual garantiza que los administrados puedan conocer oportunamente los hechos que se le imputan, las infracciones incurridas y la sanciones que se les impondrán, con la finalidad de ejercer su derecho a la defensa de manera adecuada.

Al respecto, el inciso 3 del artículo 252 del TUO de la Ley N° 27444 prescribe lo siguiente:

«Artículo 252. Caracteres del procedimiento sancionador:

252.1 Para el ejercicio de la potestad sancionadora se requiere obligatoriamente haber seguido el procedimiento legal o reglamentariamente establecido caracterizado por: (...)

252.3 Notificar a los administrados los hechos que se le imputen a título de cargo, la calificación de las infracciones que tales hechos pueden constituir y la expresión de las sanciones que, en su caso, se le pudiera imponer, así como la autoridad competente para imponer la sanción y la norma que atribuya tal competencia. (...).

“La notificación de la formulación de cargos es de suma importancia en el procedimiento sancionador en tanto permite al administrado informarse cabalmente sobre los hechos que se le imputan y demás información indispensable para ejercer las garantías propias del derecho al debido procedimiento”. (MORÓN URBINA, 2012, p. 17 y 18)

Con relación a ello, la doctrina ha establecido una serie de requisitos que, como mínimo, debe contener la notificación de cargos a fin de ser considerada lícita e idónea para que el administrado ejerza su derecho de defensa. Estos requisitos son los siguientes:

1. Precisión: La notificación de cargos debe consignar los hechos materia de imputación, la calificación de las infracciones incurridas, las posibles sanciones a imponerse, la autoridad competente para imponerlas y la norma que otorga la potestad sancionadora a dicho órgano administrativo. Estos elementos deben ser consignados de forma precisa en el acto de notificación sin que sea necesario deducirlos o interpretarlos.
2. Claridad: El acto de notificación de cargos debe evitar ambigüedades e informar de forma sencilla los hechos imputados y la calificación que la autoridad administrativa efectúa a los supuestos ilícitos, permitiendo así al administrado entender a cabalidad los ilícitos denunciados.
3. Inmutabilidad: Los cargos determinados en la notificación no pueden ser variados por la autoridad en virtud de la doctrina de los actos propios.
4. Suficiencia: La notificación de cargos debe contener toda la información necesaria que sustenta los cargos que se imputan al administrado, tales como informes o demás documentos, de manera que se le permita ejercer su derecho de defensa respecto de toda la información involucrada. (MINISTERIO DE JUSTICIA Y DERECHOS HUMANOS, 2017)

El incumplimiento de estos requisitos configura una contravención a la regla de la notificación de cargos en los siguientes supuestos:

- a) Cuando la Administración omite totalmente la previa formulación de los cargos, ya sea de los hechos imputados o de la calificación legal de los mismos.
- b) Cuando la Administración formula cargos, pero con información incompleta, imprecisa o poco clara.
- c) Cuando la Administración formula cargos, pero otorga un plazo reducido al administrado para ejercer adecuadamente su derecho de defensa.
- d) Cuando la Administración, en primera instancia, formula cargos sustentados en determinadas razones; sin embargo, basa su decisión definitiva en hechos distintos o en una nueva calificación legal de los hechos. La notificación constituye un elemento trascendental de un procedimiento regular.

La inobservancia de sus requisitos conlleva que el acto administrativo no produzca efectos jurídicos; asimismo, al no haber sido conocido por el administrado, dicho acto le genera indefensión y constituye una vulneración a sus derechos. (MINISTERIO DE JUSTICIA Y DERECHOS HUMANOS, 2017)

2.12. Plazo razonable para formular alegaciones.

El TUO de la Ley N° 27444 dispone, como cuarta característica del procedimiento administrativo sancionador, un plazo razonable para que el administrado pueda ejercer su derecho de defensa mediante la formulación de alegatos y demás medios admitidos por el ordenamiento jurídico.

Así, el inciso 4 del párrafo 252.1 del artículo 252 del TUO de la Ley N° 27444 dispone lo siguiente:

Artículo 252. Caracteres del procedimiento sancionador

252.1 Para el ejercicio de la potestad sancionadora se requiere obligatoriamente haber seguido el procedimiento legal o reglamentariamente establecido caracterizado por:

(...) 4. Otorgar al administrado un plazo de cinco días para formular sus alegaciones y utilizar los medios de defensa admitidos por el ordenamiento jurídico conforme al numeral 171.2 del artículo 171, sin que la abstención del ejercicio de este derecho pueda considerarse elemento de juicio en contrario a su situación. (...)

La referida regla ha sido formulada con base a la prohibición de indefensión en el ámbito administrativo, la cual involucra la exigencia de que los administrados cuenten con un plazo razonable y las vías suficientes para exponer su versión de los hechos, su fundamento jurídico y para aportar o pedir la actuación y valoración de medios probatorios necesarios para su esclarecimiento. Cabe indicar que dicho plazo podría variar en atención a la complejidad de la materia controvertida en el procedimiento sancionador, pero en ningún caso podría ser menor al establecido en la norma administrativa.

Es importante destacar que en caso el administrado no formule sus descargos en el plazo indicado por la norma, ello no significa que de alguna manera acepte los hechos que le son imputados o se genere su indefensión; por el contrario, dicha situación implicaría que la autoridad administrativa deba realizar un esfuerzo mayor en la indagación de los hechos imputados, pues corresponde aplicar el principio de presunción de licitud mientras no se cuente con evidencia en contrario. Finalmente, cabe indicar que, conforme a la modificación operada mediante el Decreto Legislativo N° 1272, se incorporó el párrafo 252.2 en el artículo 252 con el objeto de establecer que las entidades de la Administración Pública deben revisar de oficio las resoluciones administrativas fundadas en hechos contradictorios con los probados en las resoluciones judiciales con calidad de cosa juzgada (conforme a las normas que regulan los procedimientos de revisión de oficio).

De esta manera, se busca garantizar que los hechos que sirven de base para la emisión de las resoluciones administrativas guarden coherencia con los hechos probados en las resoluciones judiciales firmes, considerando la prevalencia de los pronunciamientos emitidos por los órganos jurisdiccionales competentes. (MINISTERIO DE JUSTICIA Y DERECHOS HUMANOS, 2017).

2.13. El trámite del procedimiento sancionador

“El artículo 253 del TUO de la Ley N° 27444 establece las disposiciones, reglas y etapas que rigen el trámite del procedimiento administrativo sancionador. En los siguientes acápites, se explicará dichos elementos con un poco más de detalle”. (MINISTERIO DE JUSTICIA Y DERECHOS HUMANOS, 2017)

2.13.1. Actuaciones previas de investigación, averiguación e inspección.

El inciso 2 del artículo 253 del TUO de la Ley N° 27444 hace alusión a las actuaciones previas al inicio formal del procedimiento sancionador estipulando lo siguiente: «Artículo 253.- Procedimiento Sancionador Las entidades en el ejercicio de su potestad sancionadora se ciñen a las siguientes disposiciones: (...) 2. Con anterioridad a la iniciación formal del procedimiento se podrán realizar actuaciones previas de investigación, averiguación e inspección con el objeto de determinar, con carácter preliminar, si concurren circunstancias que justifiquen su iniciación.

De acuerdo a dicho dispositivo, las autoridades facultadas para efectuar la investigación y determinar la existencia de infracciones administrativas, son competentes también para aperturar una fase de «investigación previa» al inicio formal del procedimiento. Estas actuaciones previas tienen como finalidad acopiar la evidencia que resulte necesaria sobre los hechos imputados, así como identificar a los sujetos imputados y las circunstancias relevantes del caso, a fin de determinar si existen razones suficientes para justificar el inicio del procedimiento sancionador. En el caso de que no se logre determinar la materia investigable, corresponde que la autoridad competente comunique (motivadamente) dicha circunstancia a quien haya promovido la apertura del procedimiento (superior jerárquico, denunciante, etcétera). (MINISTERIO DE JUSTICIA Y DERECHOS HUMANOS, 2017)

En el caso de la denuncia informativa en el cual el denunciante no es parte del procedimiento sancionador, el artículo 114 del TUO de la Ley N° 27444 establece expresamente que “...el rechazo de una denuncia debe ser motivado y comunicado al denunciante, si estuviese individualizado”. Sin embargo, existen procedimientos administrativos en los cuales los denunciantes pueden ser parte en el procedimiento sancionador, una vez que éste ha sido admitido, lo cual denota que tienen un interés en la resolución final del procedimiento.⁶⁸ En estos casos, correspondería que luego

de la investigación preliminar, si la autoridad decidiera no iniciar el procedimiento sancionador, esta decisión será notificada al denunciante para que haga valer sus derechos a través del recurso administrativo correspondiente, toda vez que se trataría de un acto de trámite que determina la imposibilidad de continuar el procedimiento, conforme al artículo 215 del TUO de la Ley N° 27444.

Es importante señalar que, en estricto, las actuaciones previas no forman parte del procedimiento sancionador, toda vez que se trata de un trámite puramente facultativo que tiene por objeto determinar si concurren o no las circunstancias que ameriten el inicio del procedimiento. Cabe indicar, además, que las actuaciones previas precitadas se realizan en ejercicio de la actividad administrativa de fiscalización (regulada en el capítulo 1-A del Título IV incorporado mediante el artículo 5 del Decreto Legislativo N° 1272) la cual constituye el conjunto de actos y diligencias de investigación, supervisión, control o inspección que realizan las autoridades administrativas respecto del cumplimiento de las obligaciones, prohibiciones y otras limitaciones exigibles a los administrados, bajo un enfoque de cumplimiento normativo, de prevención del riesgo, de gestión del riesgo y tutela de los bienes jurídicos protegidos. (MINISTERIO DE JUSTICIA Y DERECHOS HUMANOS, 2017)

2.13.2. El procedimiento sancionador se inicia de oficio

El procedimiento administrativo sancionador se inicia siempre de oficio, pudiendo ser promovido por iniciativa propia, orden superior, petición motivada por otros órganos o por denuncia de un particular. Una vez decidido el inicio del procedimiento sancionador, la autoridad competente debe emitir la resolución de imputación de cargos, la cual debe ser válidamente notificada al administrado a fin de que este pueda presentar los descargos que corresponda. El carácter oficioso del procedimiento administrativo sancionador habilita a la autoridad administrativa a dirigir el procedimiento y ordenar las diligencias necesarias para esclarecer la verdad del caso (examen de hecho, recopilación de datos e información que considere relevante) a fin de emitir una resolución justa. De esta manera, se recoge el principio de oficialidad por el cual la autoridad administrativa, inclusive en los casos de denuncias de terceros, es la encargada de promover el procedimiento y las

diligencias necesarias para tutelar el interés público involucrado.
(MINISTERIO DE JUSTICIA Y DERECHOS HUMANOS, 2017)

2.13.3. Iniciación e instrucción del procedimiento

El inicio del procedimiento administrativo sancionador se materializa mediante la resolución de imputación de cargos al administrado, la cual debe contener la exposición clara de los hechos imputados, la calificación de las infracciones, las posibles sanciones, la autoridad competente y la norma que le otorga tal competencia, así como la adopción de las medidas provisionales que la autoridad considere pertinente.

En dicha resolución se debe señalar, además, la posibilidad que tiene el administrado de presentar sus descargos en un plazo que no puede ser inferior a cinco días hábiles contados a partir de la fecha de notificación. Cabe indicar que la notificación de la resolución que da inicio al procedimiento sancionador, es de gravitante importancia para el administrado, toda vez que le permitirá conocer la fecha cierta de la supuesta comisión de la infracción o su cese; y, de esa manera, determinar si las infracciones imputadas se encuentran prescritas y no ameritan el inicio del procedimiento sancionador. Una vez vencida la fecha de presentación de descargos, el órgano instructor debe realizar las diligencias necesarias para corroborar o no la configuración de infracciones pasibles de sanción (recopilación de datos, examen de hecho, entre otros, que considere relevantes). El artículo 2 del Decreto Legislativo N° 1272 modificó las reglas aplicables a la fase instructora del procedimiento sancionador, a fin de adaptarlas a la nueva estructura organizativa que diferencia entre la autoridad instructora y la decisoria. Así, se estableció que la autoridad instructora debe formular un informe final de instrucción en el que determine, de manera motivada, la declaración de existencia de infracción o, de lo contrario (las conductas consideradas probadas y constitutivas de infracción), la norma que prevé la imposición de la sanción propuesta. (Decreto Legislativo N° 1272)

Este informe es remitido a la autoridad competente para que decida la aplicación de la sanción y, además, debe ser notificado al administrado a fin

de brindarle la oportunidad de formular sus descargos (dentro en un plazo no menor de cinco días hábiles).

De esta manera, se promueve que el administrado conozca las conductas probadas y constitutivas de infracción y pueda ejercer su derecho de defensa sobre las conclusiones del órgano instructor. Cabe señalar que pese a que el imputado ejerce su derecho de formular descargos sobre la imputación de cargos, este acto, con el cual se inicia el procedimiento sancionador, solo contiene indicios razonables de la comisión de una infracción que justifica el inicio de las investigaciones en una etapa de instrucción a efectos de determinar la comisión de la infracción de manera conclusiva. Sin embargo, por consideraciones del debido procedimiento, corresponde que el administrado tenga conocimiento al informe final de instrucción, porque a diferencia del primero, este documento contiene las conclusiones finales del instructor por el cual se determina la comisión de la infracción e inclusive ensaya una propuesta de infracción; esto para poder ejercer sus descargos finales frente a la autoridad resolutive, que es un órgano imparcial.

La resolución que disponga la imposición de una sanción o el archivo del procedimiento debe ser notificada tanto al administrado como al órgano u entidad que formuló la solicitud o a quién denunció la infracción, de ser el caso. El último acto del procedimiento sancionador se produce mediante la notificación válida al administrado (o al denunciante o interesado, de ser el caso) de la decisión final de la autoridad administrativa. (MINISTERIO DE JUSTICIA Y DERECHOS HUMANOS, 2017)

2.13.4. Determinación de la responsabilidad administrativa

Como punto de partida, es necesario resaltar que la normativa administrativa ya ha establecido un criterio expreso respecto a la determinación de la responsabilidad administrativa estipulando que esta es subjetiva, salvo en los casos en que por ley o decreto legislativo se disponga la responsabilidad administrativa objetiva. Este cambio normativo (producido conforme al artículo 2 del Decreto Legislativo N° 1272) recoge la postura que se ha venido sosteniendo por la doctrina mayoritaria y en la jurisprudencia comparada

respecto de la aplicación del principio de culpabilidad, superando así la idea de que para sancionar una infracción administrativa bastaba solo la voluntariedad del sujeto. (Decreto Legislativo N° 1272)

Cabe indicar que la introducción del principio de culpabilidad en el ámbito del derecho administrativo sancionador, ha implicado un procedimiento en el que se ha ido superando las viejas resistencias a adoptar principios característicos del Derecho Penal. Así, lo ilustra la doctrina española al describir un recorrido por la evolución de la jurisprudencia española (de la cual nuestra judicatura se sirve permanentemente) en los siguientes términos:

El punto de partida de esta evolución se encuentra en el rechazo absoluto de la culpabilidad, por ser esta incompatible con la responsabilidad objetiva que preside originariamente el campo de las infracciones administrativas. En una segunda fase se abandona la dura responsabilidad objetiva y se introduce un elemento subjetivo, que todavía no es el de la culpabilidad sino el de la voluntariedad: el autor ha de querer el resultado. Lo que significa que se elimina ya la responsabilidad en los supuestos fuerza mayor, caso fortuito y “vis compulsiva” y se abren las puertas a la aceptación de error y la ignorancia. Con lo cual se llega a la tercera fase en la que hoy nos encontramos y que supone la exigencia de la culpabilidad: no basta querer el resultado (que era lo que se llamaba la voluntariedad psicológica) sino que es necesario querer el resultado ilícito (intencionalidad, culpabilidad).

Desde una perspectiva similar, el inciso 2 del artículo 8 de la Convención Americana de Derechos Humanos, estipula que toda persona inculpada de un delito tiene derecho a que se presuma su inocencia, mientras no se establezca legalmente su culpabilidad, evidenciando que, inclusive a nivel supranacional, se considera la existencia de un elemento subjetivo en la apreciación de la responsabilidad, (Convención Americana de Derechos Humanos)

En ese sentido, tal como se señaló previamente, existen razones de orden constitucional que justifican la incorporación del principio de culpabilidad en el ámbito sancionador. La exigencia de la culpabilidad en la infracción tiene

una indesligable vinculación con el principio de inocencia previsto en el inciso 24 del artículo 2 de la Carta de 1993, el cual establece toda persona es considerada inocente mientras no se haya declarado judicialmente su responsabilidad. (MINISTERIO DE JUSTICIA Y DERECHOS HUMANOS, 2017)

2.13.5. Eximentes y atenuantes de responsabilidad administrativa

Al ejercer su potestad sancionadora, la autoridad administrativa debe valorar una serie de circunstancias vinculadas al caso concreto que le permitirán determinar si se ha configurado un supuesto de exclusión de responsabilidad (condiciones eximentes) o un supuesto de reducción de la sanción aplicada (condiciones atenuantes) en los casos en que así corresponda. Estos supuestos se encuentran previstos en el artículo 255 del TUO de la Ley N° 27444 en los siguientes términos: Artículo 255.- Eximente y atenuante de responsabilidad por infracciones

1.- Constituyen condiciones eximentes de la responsabilidad por infracciones las siguientes:

- a) El caso fortuito o la fuerza mayor debidamente comprobada.
- b) Obrar en cumplimiento de un deber legal o el ejercicio legítimo del derecho de defensa.
- c) La incapacidad mental debidamente comprobada por la autoridad competente, siempre que esta afecte la aptitud para entender la infracción.
- d) La orden obligatoria de autoridad competente, expedida en ejercicio de sus funciones.
- e) El error inducido por la Administración o por disposición administrativa confusa o ilegal.
- f) La subsanación voluntaria por parte del posible sancionado del acto u omisión imputado como constitutivo de infracción administrativa, con

anterioridad a la notificación de la imputación de cargos a que se refiere el inciso 3) del artículo 253.

2.- Constituyen condiciones atenuantes de la responsabilidad por infracciones las siguientes:

- a) Si iniciado un procedimiento administrativo sancionador el infractor reconoce su responsabilidad de forma expresa y por escrito. En los casos en que la sanción aplicable sea una multa esta se reduce hasta un monto no menor de la mitad de su importe.
- b) Otros que se establezcan por norma especial.

Mediante el artículo 2 del Decreto Legislativo N° 1272 se incorporó en la normativa administrativa el inciso 1, referido a las condiciones eximentes de la responsabilidad por infracciones. Los literales a), b), d) y e) del inciso 1 son factores que tienen como objeto romper el nexo causal entre el sujeto y la conducta imputada, lo cual está directamente relacionado con la existencia del principio de causalidad en materia sancionadora.

Conviene tomar en cuenta que estos supuestos no son novedad en el ordenamiento jurídico peruano. Así, el artículo 104 del Código de Protección y Defensa del Consumidor señala que El proveedor es exonerado de responsabilidad administrativa si logra acreditar la existencia de una causa objetiva, justificada y no previsible que configure ruptura del nexo causal por caso fortuito o fuerza mayor, de hecho, determinante de un tercero o de la imprudencia del propio consumidor afectado.

De igual forma, los literales b) y c) del artículo 191 del Decreto Legislativo N° 1053, Decreto que aprueba la Ley General de Aduanas, señala que no serán sancionables las infracciones derivadas de «Hechos que sean calificados como caso fortuito o fuerza mayor; o fallas en los sistemas internos o falta de implementación informática, atribuibles a la SUNAT. (Decreto Legislativo N° 1053)

En tal sentido, como se ha señalado en el acápite anterior, cuando se aprecien supuestos de rompimiento del nexo causal del hecho infractor (sea que se trate de un supuesto de responsabilidad subjetiva o responsabilidad objetiva), ello determinará la ausencia de responsabilidad administrativa por parte del administrado imputado.

Por su parte, el literal c) del inciso 1 referido a la incapacidad mental debidamente comprobada como eximente de responsabilidad se encuentra directamente relacionado con los supuestos de responsabilidad subjetiva, debido a que solo a una persona con discernimiento se le puede exigir un actuar con intencionalidad o negligencia. Las personas carentes de capacidad mental que no tienen la aptitud para comprender las infracciones no son personas inimputables en nuestro ordenamiento jurídico.

El supuesto previsto en el literal f) tiene una naturaleza distinta a los anteriores, toda vez que prevé una conducta típica y antijurídica, con intencionalidad o culpa, en la que el administrado decide subsanar su infracción antes que la autoridad administrativa decida ejercer su potestad sancionadora. Es un supuesto sustentado en una decisión de política punitiva por proteger el bien jurídico, prefiere la acción reparadora espontánea del administrado responsable antes que realizar diligencias preliminares e iniciar el procedimiento sancionador con todos los costos que ello involucra.

Cabe indicar que este supuesto no solo consiste en el cese de la conducta infractora, sino que, cuando corresponda, la subsanación implica la reparación de las consecuencias o efectos dañinos al bien jurídico protegido derivados de la conducta infractora.

Ello con la finalidad de no generar impunidad y evitar que el imputado se apropie del beneficio ilícitamente obtenido por la infracción⁷⁵. De otro lado, el artículo 2 del Decreto Legislativo N° 1272 también modifica el inciso 2 referido a las condiciones atenuantes de responsabilidad, las cuales permitirán a la autoridad administrativa aumentar o disminuir el quantum de la sanción a aplicar”. (MINISTERIO DE JUSTICIA Y DERECHOS HUMANOS, 2017)

2.13.6. Las medidas correctivas

El artículo 249 del TUO de la Ley N° 27444 establece que las sanciones administrativas que se impongan al administrado son compatibles con el dictado de medidas correctivas conducentes a ordenar la reposición o la reparación de la situación alterada a su estado anterior, así como con la indemnización por daños y perjuicios que debe ser determinada en el proceso judicial correspondiente.

En ese sentido, nuestro ordenamiento jurídico no solo otorga a la Administración Pública la potestad de imponer sanciones, sino también la habilita a determinar las medidas correctivas que permitan la reposición al estado existente, antes de la comisión de la infracción administrativa, así como a la obtención de una indemnización por los daños y perjuicios ocasionados a través del proceso judicial que corresponda.

Conforme a la modificación operada por el Decreto Legislativo N° 1272, mediante el artículo 249 del TUO de la Ley N° 27444 se precisó que las entidades administrativas se encuentran facultadas a imponer medidas correctivas, descartando así la indeterminación de la normativa anterior que se limitaba a señalar:

232.1 Las sanciones administrativas que se impongan al administrado son compatibles con la exigencia de la reposición de la situación alterada por el mismo a su estado anterior, así como con la indemnización por los daños y perjuicios ocasionados, los que serán determinados en el proceso judicial correspondiente.

De esta manera, el texto vigente afianza la capacidad de las entidades públicas para imponer medidas correctivas dirigidas a asegurar la reposición o la reparación de la situación alterada por la infracción a su estado anterior, incluyendo la reparación de los bienes afectados. Sin embargo, la norma estipula que el ejercicio de dicha facultad se encuentra sujeto al cumplimiento de algunas características indispensables con las que se debe cumplir. Estas son las siguientes: § Las medidas correctivas deben estar previamente tipificadas.

Las medidas correctivas deben ser razonables y ajustarse a la intensidad, proporcionalidad y necesidades de los bienes jurídicos tutelados que se pretende tutelar. Cabe precisar que el supuesto desarrollado previamente no debe ser confundido con las medidas correctivas que sean dictadas en el marco de las actividades de fiscalización, conforme al artículo 244 del TUO de la Ley N° 27444: Artículo 244.- Medidas cautelares y correctivas Las entidades solo podrán dictar medidas cautelares y correctivas siempre que estén habilitadas por Ley o Decreto Legislativo y mediante decisión debidamente motivada y observando el Principio de Proporcionalidad.

En efecto, la Dirección General de Desarrollo y Ordenamiento Jurídico – DGDOJ ha aclarado esto, afirmando que a su criterio, dado que en las actuaciones administrativas de fiscalización no existe la determinación de responsabilidad ni sanción, la disposición de una autoridad fiscalizadora para que se adopte una medida correctiva es una medida precautoria o preventiva acorde con la naturaleza de la función fiscalizadora (que busca verificar el cumplimiento de las obligaciones impuestas a los administrados con un enfoque de prevención) mas no constituye un acto administrativo. En ese sentido, solo la inobservancia de dicha disposición acarrearía la apertura de un procedimiento sancionador, no por la omisión en sí misma, sino por la conducta infractora que originó que se disponga la adopción de dicha medida correctiva. (MINISTERIO DE JUSTICIA Y DERECHOS HUMANOS, 2017).

2.14. PROCEDIMIENTO DE EJECUCIÓN COACTIVA

Podríamos definir a este procedimiento como la potestad que tienen las entidades públicas de obligar a través del ejecutor coactivo y con apoyo del auxiliar, al cumplimiento de una obligación de naturaleza tributaria o no tributaria, siguiendo un procedimiento establecido por ley. Para lo cual se debe tener claro los siguientes conceptos:

- a) Entidad o Entidades.** - Aquellas de la Administración Pública Nacional, Regional y Local, que están facultadas por ley a exigir coactivamente el pago de una acreencia o la ejecución de una obligación de hacer o no hacer.
- b) Obligado:** Toda persona natural, persona jurídica, sucesión indivisa, sociedad conyugal, sociedad de hecho y similares, que sea sujeto de un procedimiento de ejecución coactiva o de una medida cautelar previa.
- c) Ejecutor Coactivo o Ejecutor:** El funcionario responsable del Procedimiento de Ejecución Coactiva.
- d) Auxiliar Coactivo o Auxiliar:** Aquél que tiene como función colaborar con el Ejecutor.
- e) Procedimiento:** El conjunto de actos administrativos destinados al cumplimiento de la Obligación materia de ejecución coactiva;
- f) Obligación:** Acreencia impaga de naturaleza tributaria o no tributaria, debidamente actualizada, o a la ejecución incumplida de una prestación de hacer o no hacer a favor de una Entidad de la Administración Pública Nacional, proveniente de relaciones jurídicas de derecho público. (Decreto Supremo 018-2008-JUS)

2.14.1. Acciones en contra del Procedimiento de Ejecución Coactiva. -

En aquellos casos en que el deudor tributario considere que el procedimiento de ejecución coactiva no está siendo llevado a cabo con las normas aplicables, puede presentar una queja (sin firma de abogado) ante el Tribunal Fiscal quien resolverá en un plazo de 20 días hábiles; o una demanda de revisión judicial

ante el Poder Judicial, el cual tendrá por finalidad revisar la legalidad del procedimiento de ejecución coactiva, la demanda se presenta ante la Corte Superior , a la Sala Especializada en lo contencioso administrativo, suspendiendo de esta manera la cobranza coactiva, debiendo la Corte Superior emitir la Resolución correspondiente dentro de los 60 días hábiles de notificada la demanda. En la queja no se dilucidan aspectos de fondo. (DS 018-2008-JUS)

2.15. Exigibilidad de la deuda

Para que un Gobierno Local exija el pago de una deuda tributaria esta debe estar en el documento correspondiente como:

La Resolución de Determinación: La cual se emite para la determinación de arbitrios o como consecuencia de la labor de fiscalización del Gobierno Local.

La orden de pago que se mide solo en tributos autoliquidados, como es el caso del impuesto predial. (DS 018-2008-JUS)

La Resolución de Multa: Emitida por la comisión de infracciones tributarias.

Una vez establecida la deuda, a través de cualquiera de estos documentos debe notificar al deudor respetado las formas establecidas en el artículo 104 del código Tributario, las cuales pueden ser que se notifique en el domicilio fiscal, con acuse de recibo o certificación de la negativa de la recepción.

La deuda puede ser exigible en los siguientes casos:

La contenida en la resolución de determinación o de multa, debidamente notificada y no reclama en el plazo previsto en el código tributario.

La establecida por resolución de administración tributaria municipal, debidamente notificada y no apelada en el plazo previsto en el código tributario.

La establecida por resolución de Tribunal Fiscal teniendo en cuenta que esta Resolución agota la vía administrativa y no puede ser impugnada en esta vía.

Las cuotas de amortización de una deuda tributaria que se encuentren pendientes de pago, cumpliendo además las siguientes condiciones: que se incumplan las condiciones bajo las cuales se entregó el beneficio, que se notifique al deudor la declaración que declara la pérdida del beneficio y que el deudor no hubiese impugnado la pérdida dentro del plazo previsto en el código tributario.

La que conste en una orden de pago emitida por la entidad conforme a ley y que se encuentre debidamente notificada.

Para todos estos casos se requiere lo siguiente: que la deuda esté determinada en documento y cuantificada, que los documento antes mencionados hayan sido notificados al deudor tributario y finalmente que la deuda no haya sido cancelada o impugnada. (DS 018-2008-JUS)

2.15.1. Inicio del procedimiento de Ejecución Coactiva

El artículo 29 de la Ley del Procedimiento de Ejecución Coactiva, indica que el procedimiento debe ser iniciado por el ejecutor coactivo, conteniendo un mandato de pago para que se realice en el plazo de 7 días hábiles , bajo advertencia de dictar algunas de las medidas cautelares o embargos permitidas por la ley, cuando se notifica el inicio del procedimiento coactiva se deberá acompañar los siguientes documentos, resolución de determinación, orden pago u orden de multa, respecto a la cual se inicia la cobranza coactiva, la constancia de notificación y la constancia de haber quedado consentida y haber causado estado, es decir que la deuda no esté siendo cuestionada en algún procedimiento contencioso tributario. (DS 018-2008-JUS)

De no cancelarse la deuda en el plazo previsto en la resolución de ejecución coactiva el ejecutor coactivo podrá trabar medidas cautelares o embargos con la finalidad de asegurar el cobro de la deuda, atendiendo a ello la medida embargo deberá guardar estricta relación con el monto de la deuda, es decir deberá ser proporcional y bajo un criterio de razonabilidad.

El embargo que el ejecutor coactivo puede trabar durante el procedimiento de ejecución coactiva son los siguientes:

En forma de intervención en recaudación, afectando los ingresos del deudor en su fuente productora.

En forma de intervención en información, la cual se limita a recabar información, por lo que no afecta los bienes o rentas del ejecutado.

En forma de intervención en administración, en virtud de la cual el ejecutor nombra a uno o más interventores, administradores con la finalidad de recaudar los frutos o actividades del negocio.

En forma de depósito con o sin extracción de bienes en virtud de la cual se ejecuta sobre los bienes o derechos que se encuentran en su establecimiento y aun cuando se encuentren en poder de terceros.

En forma de inscripción en donde se afecta un bien mueble o inmueble registrable.

En forma de retención que recae en bien, valores de cuentas corrientes.

El deudor puede sugerir la adopción de alguna de estas medidas cautelares previstas en la ley, quedando siempre bajo el criterio del ejecutor. (DS 018-2008-JUS)

2.15.2. ¿Qué pasaría si no se consigna fecha de la diligencia en el cargo de notificación de la Resolución de Determinación, Orden de Pago o Resolución de Multa, pero aún así se inicia un procedimiento de ejecución coactiva?

La fecha es uno de los requisitos mínimos de la notificación y si en el cargo de notificación no se encuentra señalado el acto de notificación no resulta válido, teniendo como consecuencia la no exigibilidad de la deuda.

Es aquí donde se puede presentar una queja ante el Tribunal Fiscal, por considerar que el procedimiento iniciado es indebido, por no haber tomado en cuenta, las disposiciones contenidas en la Ley del Procedimiento de Ejecución Coactiva. (DS 018-2008-JUS)

2.15.3. El Encargo de Gestión en el procedimiento de ejecución coactiva

Sobre el particular se debe tener en cuenta que el artículo 71 de la Ley 27444, Ley del Procedimiento Administrativo General señala la definición de encargo de gestión.

Los autores Busquets López, Miguel Ángel y Castro Raymondez, Javier, refieren que un encargo de gestión se formaliza a través de un convenio mediante el cual una de las partes controla la actividad de la entidad, que obligatoriamente tiene que satisfacer la prestación objeto del encargo. Así mismo esta modalidad implica actividades materiales vinculadas directamente al ejercicio de una competencia, por lo que tales encargos sólo se darán ante órganos administrativos o entidades de derecho público, que busca cooperación mutua así como gestión especializada.

Sin perjuicio de ello, la Tercera Disposición Complementaria y Transitoria del TUO de la Ley del Procedimiento de Ejecución Coactiva señala que es posible celebrar convenios de encargos de gestión, con el Banco de la Nación u órgano administrador de tributos de la municipalidad provincial de la jurisdicción, con la finalidad de encargarles la tramitación de procedimientos de ejecución coactiva y que no se podrá celebrar convenios de colaboración entre municipalidades provinciales y distritales, para la recaudación de acreencias, sin contar con la formalidad del exhorto, para lo cual queda en suspenso la Tercera Disposición Complementaria y Transitoria, por lo tanto existe una condición suspensiva para un supuesto en concreto (convenios de colaboración entre municipalidades distritales y provinciales en materia de recaudación). (DS 018-2008-JUS)

2.16. Ejecutoriedad del Acto Administrativo.

Los actos administrativos tendrán carácter ejecutorio, salvo disposición legal expresa en contrario, mandato judicial, o que estén sujetas a condición o plazo. La ejecutividad del acto administrativo se subsume en la validez y eficacia del mismo, lo que conlleva a señalar que todo acto administrativo es válido cuando es dictado conforme al ordenamiento jurídico, presumiendo su validez en tanto su nulidad no se declare por autoridad administrativa o jurisdiccional.

La vinculatoriedad del acto administrativo se expresa a través de dos atributos ejecutividad y ejecutoriedad. El primero referido a la común actitud que poseen los actos administrativos, como cualquier otro acto de autoridad, de producir efectos frente a terceros. Por su parte la ejecutoriedad constituye una cualidad que guarda relación directa con la eficacia del acto y que faculta a la administración pública a hacer cumplir el acto, aun contra la voluntad de los particulares y sin la necesidad de contar con la plena intervención de los órganos jurisdiccionales.

El carácter ejecutorio del acto administrativo encuentra su fundamento constitucional en el numeral 1 del artículo 118° de la Constitución Política del Perú, que señala que corresponde al Presidente de la República : “cumplir y hacer cumplir la constitución y los tratados, leyes y demás disposiciones legales”

Relacionado a ello el artículo 193 de la Ley 27444, contempla la posibilidad de pérdida de ejecutoriedad:

- a) Por suspensión provisional conforme a ley
- b) Cuando transcurrido cinco años de haber adquirido firmeza, la administración no ha iniciado los actos que le competen para ejecutarlos y
- c) Cuando se cumpla con la condición resolutive a que estaban sujetos de acuerdo a ley. (DS 018-2008-JUS)

“Partiendo de la concepción de que el Estado es único, no podemos negar a la administración la capacidad para obtener el cumplimiento de sus propios actos, sin necesidad de que el órgano judicial reconozca sus derechos y la habilite a ejecutarlos.

La ejecutoriedad es un elemento irrevocable del poder. La ejecutoriedad es un carácter esencial de la actividad administrativa que se manifiesta en algunas categorías o clases de actos y en otros no dependiendo esto último del objeto y la finalidad del acto administrativo.

El fundamento último de la ejecutoriedad la encontramos en la relación dialogística de mando y obediencia, de garantía por lo cual el contenido y alcance se desenvolverá dependiendo del ordenamiento político- institucional que le sirve de sustento.

En los regímenes democráticos en donde la relación autoridad, libertad, mando obediencia se desenvuelve con un razonable y justo equilibrio, el ordenamiento jurídico reconoce a la autoridad el privilegio o la prerrogativa de obtener el cumplimiento del acto administrativo sin recurrir al órgano judicial. Esto es así porque previamente atribuyo al órgano ejecutivo la competencia para mandar gobernar ejecutar y administrar, competencia imposible de imaginar sin la consiguiente fuerza para hacer cumplir u obtener en última instancia la ejecución coactiva del acto administrativo.

Sostener que el título o derecho de la administración y la posibilidad de obtener su cumplimiento debe ser sometido al órgano judicial, eso significa subordinar el órgano ejecutivo al judicial, lo cual no condice con nuestro ordenamiento jurídico que establece el equilibrio e igualdad de los órganos que ejercen el poder político.

Es una facultad propia de la administración aunque no la ejerce con exclusividad y que se apoya jurídicamente en la norma constitucional. Por lo tanto la administración la tiene otorgada por el ordenamiento jurídico de manera explícita o implícita que le confiere los medios coercitivos por ejecutar por si misma o hacer ejecutar por el administrado, obligado o por terceros el acto administrativo en cuestión. Esta es la regla general y por

excepción la norma jurídica prescribe en qué casos se someterá el reconocimiento del derecho de la administración y su posterior ejecución al órgano judicial. En la continuidad y regularidad de los servicios públicos en la ejecutabilidad de la policía administrativa y en la titularidad y plenitud del dominio público se impone la ejecutoriedad del acto administrativo. Así la ejecutoriedad es un típico caso de autotutela propia de la función administrativa a la que el ordenamiento jurídico por ley, contrato o reglamento le otorga tal carácter, dotándolas de medios de coerción que habilitan la realización inmediata y unilateral de estos actos administrativos.

Al mismo tiempo que reconoce la prerrogativa al Estado, reconoce la garantía al administrado a través de la figura de la suspensión del acto administrativo”. (Dante Cervantes, 2013)

2.17. Ejecución Forzosa del Acto Administrativo.-

Por ejemplo respecto del procedimiento de ejecución coactiva de obligaciones no tributarias el artículo 9 de la Ley del Procedimiento de Ejecución Coactiva, considera obligación exigible coactivamente a la establecida mediante acto administrativo, emitido conforme a ley debidamente notificado y que no haya sido objeto de recurso impugnatorio en la vía administrativa, dentro de los plazos de ley en que hubiera recaído resolución firme confirmando la obligación.

El artículo 12 de la Ley del Procedimiento de Ejecución Coactiva señala que son actos de ejecución forzosa entre otros, la clausura de locales o servicios.

Si mediante un acto administrativo, consentido o firme se ordena la clausura de un local y el administrado obedece dicho mandato, la autoridad que emitió el acto no necesita recurrir al procedimiento de ejecución coactiva, pues la obligación ha sido cumplida espontáneamente por el administrado.

La ejecución forzosa por parte de la entidad respetará siempre el principio de razonabilidad. El procedimiento de ejecución coactiva es el procedimiento de ejecución forzosa más empleado por las entidades públicas para hacer cumplir los actos administrativos que emiten. La singularidad de este procedimiento estriba en que está destinado a cumplimiento forzado a obligaciones de dar, hacer o no hacer

proveniente de relaciones jurídica de derecho público (de carácter tributario y no tributario).

En algunas situaciones no será posible satisfacer la deuda a pesar que el ejecutor coactivo haya realizado todas las acciones previstas en la ley o cuando no habiéndolas realizado, las circunstancias que se presenten hagan presumir que la ejecución, será infructuosa, esto sucedería por ejemplo cuando no fuera posible cuando no se cuenta con información sobre su domicilio o tratándose de una deuda cuya ejecución resulte onerosa con relación al monto de la deuda. (DS 018-2008-JUS)

Si bien el Texto Único Ordenado de la Ley N° 26979 Ley del Procedimiento de Ejecución Coactiva no contiene una disposición que señale cuando se debe declarar la incobrabilidad de una deuda no tributaria, eso no impide al ejecutor coactivo concluir el procedimiento coactivo, si advierte que pese a sus esfuerzos la obligación no tributaria no podrá ser satisfecha, con la finalidad de incurrir en costos innecesarios y congestionar su carga procedimental, pudiéndose emitir directivas internas para regular supuestos de incobrabilidad.

2.18. Ejecución Coactiva

La Ley N° 27444 remite la regulación de este procedimiento a una ley especial, es decir el TUO de la Ley N° 26979. Si bien el artículo 2 del TUO de la Ley del Procedimiento de Ejecución Coactiva no plantea expresamente que el ejercicio de las acciones coactivas se encuentra sujetas a la existencia de una facultad prevista en ley, es posible apreciar que la definición de entidad pública prevista en dicha disposición delimita el ámbito de aplicación subjetivo del TUO de la Ley del Procedimiento de Ejecución Coactiva, restringiéndolo al caso de entidades que están facultadas por ley a exigir coactivamente.

2.18.1. Procedimiento Administrativo Sancionador

El ius puniendi del Estado y la potestad sancionadora de la Administración Pública, en la actualidad, la doctrina ha sostenido el dogma de «la unidad de la potestad sancionadora estatal» considerando que se constituye un poder único que se expresa a través del Derecho Penal y el Derecho Administrativo Sancionador. En sintonía con ello, la jurisprudencia constitucional señala que

la legalidad, culpabilidad, tipicidad, entre otros, constituyen principios básicos del derecho sancionador que no solo deben aplicarse en el ámbito del Derecho Penal sino también en materia de Derecho Administrativo Sancionador.

El carácter obligatorio de las disposiciones que integran un ordenamiento jurídico, exige que el sistema tenga previsto mecanismos que hagan frente a aquellas conductas que impliquen su contravención, teniendo en cuenta que si la eficacia de todo sistema jurídico depende de la existencia de suficientes facultades coercitivas para garantizar su cumplimiento. La aplicación de estos mecanismos no es más que una manifestación del ius puniendi estatal que, en lo relativo a las actuaciones administrativas, se concretiza en la denominada potestad sancionadora de la Administración Pública.

Si bien es cierto que uno de los principios del sistema constitucional involucra la encomienda exclusiva del ejercicio de la potestad punitiva a los órganos jurisdiccionales, un rápido examen del ordenamiento jurídico nacional y extranjero permite evidenciar que la Administración Pública cuenta con potestades represivas expresas dirigidas a contrarrestar conductas ilícitas que se encuentran excluidas del ámbito de competencia de los órganos jurisdiccionales penales. En ese sentido, la potestad sancionadora atribuida a la Administración Pública encuentra sustento en la autotutela administrativa (obligatoriedad de los actos administrativos sin la intervención de voluntades ajenas a la Administración Pública); y, a su vez, en un imperativo de coerción asignado por ley para garantizar el cumplimiento de obligaciones que integran el ordenamiento jurídico administrativo y castigar su contravención, de ser el caso. (MINISTERIO DE JUSTICIA Y DERECHOS HUMANOS, 2017)

2.19. Fundamentos de la actuación sancionadora de la Administración Pública

En nuestro ordenamiento se ha venido aceptando pacíficamente la facultad de las entidades administrativas para determinar infracciones y aplicar sanciones en casi todos los sectores de la vida social que son regulados por el Derecho Administrativo. La jurisprudencia comparada ha identificado una serie de razones de índole práctico que justifican la actuación sancionadora de la Administración.

Estas son las siguientes:

- No recargar en exceso a la administración de justicia con la atención de ilícitos de menor gravedad.
- Dotar de mayor eficacia al aparato represivo respecto de los ilícitos menores.
- Promover mayor inmediación de la autoridad sancionadora respecto de los administrados sancionados.

Si bien la facultad de las entidades administrativas para aplicar una sanción administrativa no se encuentra expresamente reconocida en la norma constitucional, el Tribunal Constitucional ha afirmado que esta constituye una manifestación del ejercicio de la potestad sancionatoria de la Administración y, como toda potestad en el contexto de un Estado de Derecho, se encuentra condicionada, en cuanto a su propia validez, al respeto de la Constitución, de los principios constitucionales y, en particular, a la observancia de los derechos fundamentales.

Al respecto, también se ha afirmado que la potestad sancionadora atribuida a la Administración Pública se traduce en un auténtico poder derivado del ordenamiento jurídico y encaminado al mejor gobierno de los diversos sectores de la vida social. Desde esta perspectiva, dicha potestad tiene como principal característica su carácter represivo, el cual se acciona ante cualquier perturbación o contravención del orden jurídico.

Como se puede apreciar, la potestad sancionadora constituye un poder natural o corolario de las competencias otorgadas a la Administración Pública en determinadas materias, principalmente en las referidas a la ordenación y regulación de las actividades en la sociedad. No obstante, en el contexto de un Estado de Derecho, dicha potestad no se ejerce de manera arbitraria sino que se encuentra condicionada al respecto de las disposiciones previstas en la Constitución y los derechos fundamentales de los administrados. (MINISTERIO DE JUSTICIA Y DERECHOS HUMANOS, 2017)

2.20. Justificación y definición El procedimiento administrativo sancionador

Es entendido, en primer término, como el conjunto de actos destinados a determinar la existencia de responsabilidad administrativa, esto es, la comisión de una infracción y la consecuente aplicación de una sanción. Dicho procedimiento constituye, además, una garantía esencial y el cauce a través del cual los administrados, a quienes se les imputan la comisión de una infracción, hacen valer sus derechos fundamentales frente a la Administración Pública.

El procedimiento sancionador garantiza que la actuación de la Administración se lleve a cabo de una manera ordenada y orientada a la consecución de un fin y respetando un mínimo de garantías para el administrado.

Su importancia presenta una doble dimensión, pues, de una parte, es el mecanismo idóneo que tiene la Administración Pública para lograr su finalidad pública y, de otro lado, constituye la vía que permite ofrecer al administrado las garantías necesarias para el respecto de sus derechos fundamentales. La especialidad del procedimiento administrativo sancionador, con relación al procedimiento general, radica en la necesidad de traducir en reglas procedimentales algunas de las garantías constitucionales que protegen al administrado frente al ius puniendi estatal.

Sobre el particular, el Tribunal Constitucional ha enfatizado que las entidades de la Administración Pública tienen la obligación de observar los principios del procedimiento sancionador, toda vez que estos garantizan el respeto por los derechos del administrado. En esa misma línea, citando a la Corte Interamericana de Derechos Humanos, el Tribunal Constitucional ha sostenido que la Administración Pública no puede dictar actos administrativos sancionatorios sin otorgar la garantía del debido proceso en sede administrativa sancionatoria, por cuanto es un derecho humano el obtener todas las garantías que permita alcanzar decisiones justas, no estando la administración excluida de cumplir este deber.

En sintonía con ello, el párrafo 245.2 del artículo 245 del TUO de la Ley N° 27444 establece que las disposiciones que disciplinan la potestad sancionadora de las entidades públicas, y se encuentran previstas en su Capítulo III, deben aplicarse con carácter supletorio a todos los procedimientos establecidos en leyes especiales. Se precisa, además, que dichos procedimientos deben observar necesariamente los

principios de la potestad sancionadora, así como la estructura y garantías previstas para el procedimiento administrativo sancionador, no pudiéndose imponer condiciones menos favorables a los administrados. (MINISTERIO DE JUSTICIA Y DERECHOS HUMANOS, 2017)

El procedimiento administrativo sancionador es el conjunto de actos que tiene por finalidad determinar la comisión o no de una infracción administrativa, para poder acreditar la responsabilidad del administrado, a quien se le podrá aplicar la sanción correspondiente. Los procedimientos especiales incluyendo los tributarios deben observar necesariamente lo siguiente:

- Los principios de la potestad sancionadora
- La estructura.
- Las garantías previstas en el procedimiento sancionador.

2.20.1. Principios de la potestad sancionadora. -

El Tribunal Constitucional ha reconocido la existencia de un solo procedimiento sancionador en el ordenamiento jurídico peruano, cuyas manifestaciones son el Derecho Penal y el Derecho Administrativo Sancionador, en ese orden existen principios básicos del procedimiento sancionador como son el de tipicidad, culpabilidad, legalidad, que resultan comunes a ambas disciplinas jurídicas”.(Expediente N° 2050-2002-AA/TC)

En la jurisdicción supranacional la Corte interamericana de Derechos Humanos ha señalado que las sanciones administrativas disciplinarias o de naturaleza análoga son como las penales, una expresión del poder punitivo del Estado y que tienen en ocasiones naturaleza similar a la de estas por lo que todos los órganos que ejerzan funciones sancionadoras, deben adoptar decisiones justas basadas en el pleno respeto a las garantías del debido proceso.

De acuerdo a ello ambas expresiones de la potestad punitiva del Estado constituyen, manifestaciones de la capacidad legítima y exclusiva de coacción

que tiene el Estado para reprimir aquellas conductas que son lesivas a los bienes jurídicos considerados valiosos para la sociedad.

La doctrina mayoritaria sostiene que pese a algunas diferencias existentes entre ambas disciplinas jurídicas, actualmente existen identidad sustancial entre la infracción penal y la infracción administrativa lo cual justificaría la aplicación con ciertos matices de los principios de derecho penal al ámbito del derecho administrativo sancionador.

Por ejemplo en la doctrina española se ha sostenido que : “... se ha ido evolucionando hasta llegar a la tesis que hoy es absolutamente dominante a saber: la potestad administrativa sancionadora al igual que la potestad penal de los jueces y tribunales forman parte de un genérico ius puniendi del Estado que es único aunque luego se subdivide en estas dos manifestaciones”, también la doctrina española ha manifestado que delito e infracción administrativa son manifestaciones de la potestad punitiva del Estado, la cual ha sido otorgada por medio del contrato social a este, para la tutela de los bienes jurídicos.

La aplicación de los principios del derecho penal al derecho administrativo sancionador, no se justifica por el reconocimiento del derecho penal como su rama matriz, sino porque aquellos son lineamientos generales de un único ius puniendi del Estado, esta es la justificación de su aplicabilidad en el ámbito administrativo mientras resulte útil.

El Tribunal Constitucional ha opinado que la potestad punitiva del estado, está condicionada en cuanto a su validez, al respeto de la Constitución Política, de los principios constitucionales y en la observancia de los derechos fundamentales. Por lo tanto es imprescindible no olvidar lo consignado en el numeral 3 del artículo 139 de la Constitución Política del Perú en cuanto consagra el principio de la observancia del debido proceso y la tutela jurisdiccional.

En cuanto a la actividad probatoria le corresponde al Estado probar que la persona ha cometido una infracción y no el administrado probar su

inocencia (MINISTERIO DE JUSTICIA Y DERECHOS HUMANOS, 2016).

2.20.2. Principio de Legalidad.

Sólo por norma con rango de ley (ley ordinaria o decreto legislativo), cabe atribuir a las entidades la potestad sancionadora ya la consiguiente previsión de la consecuencia administrativas que son posibles de aplicar a un administrado. No es necesario que la norma con rango de ley detalle la unidad orgánica de la entidad encargada de concretar o ejercer dicha función sancionadora. (Ley 27444, LPAG)

Los Reglamentos de Organización de Funciones o los Reglamentos de Infracciones y sanciones de la entidad, son los dispositivos normativos en los que se precisa la unidad orgánica de la entidad encargada de concretar la función sancionadora, en base a la competencia otorgada por ley a la entidad.

El principio de legalidad es además el principio fundacional de la administración pública ya que constituye el fundamento y límite de acción de las entidades públicas y las obliga a actuar con respeto a las normas, aun que la administración esté habilitada para dictar reglas estas deben subordinarse a lo prescrito por la ley, ya que a diferencias de los particulares, las entidades públicas solo están facultadas por lo que la ley expresamente las facultó. Además este principio involucra la imposibilidad de atribuir a un administrado una falta si aún no está prevista en la ley como falta.

El principio de legalidad encuentra su fundamento normativo primigenio en el texto de la propia Constitución Política del Perú. El literal d) del inciso 24 del artículo 2 de la norma constitucional establece que nadie podrá ser condenado o sancionado con pena no prevista previamente en las leyes. Aun cuando se trata de una previsión enfocada en el ámbito del Derecho Penal (en atención a la unidad del derecho sancionador estatal), esta disposición también constituye una garantía para el ejercicio de la potestad sancionadora en el ámbito del derecho administrativo. El Tribunal Constitucional ha señalado que la aplicación del principio de legalidad impide que se pueda atribuir la comisión de una falta o aplicar una sanción administrativa cuando esta no se

encuentre previamente determinada en la ley. En ese sentido, dicho principio abarca una doble exigencia:

- A. Exigencia de carácter formal: Implica la exigencia y existencia de una norma legal o norma con rango de ley; y,
- B. Exigencia de carácter material: Implica la predeterminación normativa de las conductas infractoras y de las sanciones correspondientes.

En síntesis, podemos afirmar que el principio de legalidad tiene como exigencias específicas: la existencia de una ley (ley scripta); que esta ley sea anterior a la conducta reprochable (ley previa); y, que esta ley incluya preceptos jurídicos con suficiente grado de certeza (lex certa), de manera tal que sea posible prever la responsabilidad y la eventual sanción e aplicable a un caso concreto. (MINISTERIO DE JUSTICIA Y DERECHOS HUMANOS, 2017)

2.20.3. Debido Procedimiento.

Este derecho según el Tribunal Constitucional encuentra sustento en que tanto la administración como la jurisdicción están indiscutiblemente vinculadas a la carta Magna, de modo que si esta resuelve asuntos de interés del administrado y lo hace mediante procedimientos internos, no existe razón alguna para desconocer las categorías invocables ante el órgano jurisdiccional.

La corte interamericana de Derechos Humanos se refiere a este derecho como el derecho a toda persona de ser oída por un juez o tribunal competente, para la determinación de sus derechos, esta expresión se refiere a cualquier autoridad pública, sea administrativo, legislativo o judicial que a través de sus resoluciones determinen derechos u obligaciones de las personas.

El principio del debido procedimiento tiene su origen en el principio del debido proceso, el cual ha sido ampliamente desarrollado en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional y está compuesto por una serie de elementos que, en términos generales, se relacionan con la prohibición de indefensión de los administrados.

Sin embargo, este principio no se agota en el derecho que asiste al particular de exponer sus pretensiones, sino que también comprende otro tipo de garantías como el derecho de ofrecer y producir prueba, el derecho de obtener una decisión fundada en la que se analicen las principales cuestiones planteadas, entre otros. Para el Tribunal Constitucional, el principio del debido procedimiento supone, en primer término, que todos los administrados tienen derecho a la existencia de un procedimiento administrativo previo a la producción de las decisiones administrativas que les conciernan. Asimismo, dicho principio implica que la Administración Pública tiene el deber de producir sus decisiones cumpliendo las reglas que conforman el procedimiento, de modo que es flagrantemente violatorio de este principio emitir actos administrativos sin escuchar a los administrados.

El artículo 2 del Decreto Legislativo N° 1272, Decreto Legislativo que modifica la Ley N° 27444, Ley del Procedimiento Administrativo General y deroga la Ley N° 29060, Ley del Silencio Administrativo (en adelante, el Decreto Legislativo N° 1272) modificó el principio del debido procedimiento incorporando como parte de su contenido la separación que debe existir entre la fase instructora y la sancionadora del procedimiento, precisando que cada una de estas debe estar encomendada a autoridades distintas.

La separación entre la fase de instrucción y la sancionadora representa una garantía para el administrado, la cual tiene como fundamento el derecho a la tutela jurisdiccional efectiva y el principio al debido procedimiento contemplados en el inciso 3 del artículo 139 de la Constitución Política del Perú²⁰ y en el inciso 1.5 del artículo IV del Título Preliminar del TUO de la Ley N° 27444. Mediante dicha modificación, el legislador pretendió garantizar dos aspectos principales:

- A. Que la decisión de imponer la sanción se tome con la mayor imparcialidad posible, evitando que la autoridad tome una decisión basada en juicios de valor previamente concebidos.
- B. Que la autoridad instructora desarrolle el expertise necesario para indagar e investigar los hechos materia del procedimiento.

Cabe precisar que la diferenciación entre la autoridad que conduce la fase instructora y la autoridad que decide la aplicación de la sanción no involucra la creación de dos procedimientos distintos, sino que se trata de un solo procedimiento sancionador dividido en dos fases diferenciadas (instructiva y sancionadora).

De la misma forma, dicha regla no obliga a la existencia de un órgano instructor y otro órgano sancionador, sino que establece que las fases instructora y decisoria deben ser encomendadas a autoridades distintas, esto es, debe existir una «autoridad» (no necesariamente un órgano) por cada una de las fases. La diferenciación precitada (que también se encuentra establecida en el inciso 2 del artículo 246 del TUO de la Ley N° 27444) no tiene el objetivo de afectar las competencias otorgadas por leyes especiales dentro de una entidad, pues la vocación de la Ley del Procedimiento Administrativo General no es otorgar potestades sancionadoras, sino establecer los principios, la estructura y las garantías mínimas que deben ser observados por los dispositivos que regulen procedimientos sancionadores especiales.

En ese sentido, debe entenderse que la adecuación (respecto de la distinción entre la autoridad instructora y la sancionadora) se debe realizar respecto de normas especiales de rango infralegal y no de normas legales especiales que establezcan procedimientos y atribuyan competencias. (MINISTERIO DE JUSTICIA Y DERECHOS HUMANOS, 2017)

2.20.4. Razonabilidad.

La razonabilidad le exige a la autoridad sancionadora un juicio de valor que le ayude a tomar una decisión que no sobrepase los límites del jus puniendi. Esta razonabilidad también exige que la autoridad sancionadora o instructora tome en cuenta todo lo que aconteció al momento de producirse el daño, tendrá que ver como se produjo, donde se produjo, las circunstancias que dieron lugar a esta infracción, a fin de que la sanción que se va a imponer sea atenuada como consecuencia de las circunstancias en las que se cometió la

infracción, lo cual no significa absolverlo en su totalidad, sino que la sanción que se va a imponer sea equitativa, sea ejemplar en el administrado.

Un criterio de razonabilidad sería por ejemplo el beneficio ilegalmente obtenido, es decir cuánto se ha beneficiado el administrado como consecuencia de este hecho, por ejemplo que pasaría si se trata de un concurso público y el ganador del concurso público ha presentado documentos falsos y como consecuencia de ello esta persona ha obtenido el primer lugar.

La intencionalidad en la conducta del infractor también es otro criterio de razonabilidad que no quiere decir que la autoridad se va a inmiscuir en el interés subjetivo del infractor, sino tomar en cuenta los otros criterios de razonabilidad donde se pueda advertir de alguna manera si hubo existencia o no de intencionalidad al cometer la infracción.

Si bien el enunciado del principio precitado es el de «razonabilidad», es necesario dejar en claro que su contenido se encuentra vinculado directamente con el principio de proporcionalidad, esto es, con la adecuación aplicable entre la gravedad del hecho constitutivo de la infracción y la sanción aplicada.

En ese sentido, es posible afirmar que el legislador peruano ha asumido el contenido material del principio de proporcionalidad denominándolo razonabilidad. El Tribunal Constitucional ha sostenido que si bien la doctrina suele hacer distinciones entre el principio de proporcionalidad y el principio de razonabilidad (como estrategias para orientar al juzgador hacia una decisión que no sea arbitraria sino justa) prima facie es posible establecer similitud entre ambos principios, toda vez que una decisión que se adopta en el marco de convergencia de dos principios constitucionales no será razonable cuando no respete el principio de proporcionalidad.

El principio de proporcionalidad, gestado originariamente en la doctrina alemana como principio incluido en uno más general de «prohibición de exceso», constituye un criterio constitucional que informa la actividad de los poderes públicos que es susceptible de restringir, lesionar o limitar de alguna forma los derechos individuales de los ciudadanos.

De ahí que, conforme lo señala el Tribunal Constitucional, sea en el seno de la actuación de la Administración donde el principio de proporcionalidad cobra especial relevancia debido a los márgenes de discreción con que inevitablemente actúa para atender las demandas de una sociedad en constante cambio. Sobre ello, también debe tomarse en cuenta la importancia de la presencia de cláusulas generales e indeterminadas, como el interés general o el bien común, que deben ser compatibilizadas con otras cláusulas o principios igualmente abiertos a la interpretación, como son los derechos fundamentales o la propia dignidad de las personas.

De esta forma, se establece un límite para la actuación represiva de las autoridades administrativas que solo podría ser llevada a la práctica cuando resulte estrictamente necesaria, idónea y proporcionada para obtener los objetivos que persigue. Desde esta perspectiva, cuando los fines buscados con la adopción de dichas normas puedan ser conseguidos a través de medidas alternativas manifiestamente menos gravosas, habrá de imponerse la utilización de estas últimas.

En atención a lo expuesto, el inciso 3 del artículo 246 del TUO de la Ley N° 27444 desarrolla los criterios que deben ser considerados por las autoridades administrativas a efectos de graduar la sanción aplicable ante la comisión de una infracción y así garantizar que se trata de una decisión necesaria, idónea y proporcionada. Estos criterios son los siguientes: a) El beneficio ilícito resultante por la comisión de la infracción; b) La probabilidad de detección de la infracción; c) La gravedad del daño al interés público o bien jurídico protegido; d) El perjuicio económico causado; e) La reincidencia por la comisión de la misma infracción dentro del plazo de un año desde que quedó firme la resolución que sancionó la primera infracción; f) Las circunstancias de la comisión de la infracción; y g) La existencia o no de intencionalidad en la conducta del infractor.

Cabe precisar que mediante la modificación dispuesta por el artículo 2 del Decreto Legislativo N° 1272 se eliminó el orden de prelación existente para la aplicación de los criterios de graduación precitados, de tal manera que actualmente estos pueden ser aplicados de manera indistinta. Asimismo, se

incorporó los criterios del beneficio ilícito resultante por la comisión de la infracción, la probabilidad de detección de la infracción y la reincidencia por la comisión de la misma infracción dentro del plazo de un año contado desde que quedó firme la resolución que sancionó la primera infracción. (MINISTERIO DE JUSTICIA Y DERECHOS HUMANOS, 2017)

2.20.5. Tipicidad.

El Sub principio de tipicidad o taxatividad constituye una de las manifestaciones del principio de legalidad respecto de los límites que se imponen a la autoridad sancionadora, a efectos de que las prohibiciones que definen sanciones, sean estas penales o administrativas, estén redactadas con un nivel de precisión suficiente que permite a aquel ciudadano comprender sin dificultad lo que está proscribiendo, bajo amenaza de sanción en una determinada disposición legal. Se prohíbe el uso de analogías y el uso de cláusulas generales e indeterminadas en la tipificación de las prohibiciones.

Según este principio la descripción legal de una conducta específica aparece conectada a una sanción administrativa.

Conforme a este principio, los tipos legales genéricos deben estar proscritos y aunque la administración a veces se conduzca sobre la base de estándares deontológicos de conducta, estos son insuficientes por si solos para sancionar, pues aunque se pueden interpretar conceptos jurídicos indeterminados, la sanción debe sustentarse en análisis concretos y pormenorizados de los hechos desde conceptos jurídicos y no sobre la base de conceptos apodícticos o que invoquen en abstracto el honor y la dignidad de un colectivo, puesto que los tribunales administrativos no son tribunales de honor y las sanciones no pueden sustentarse en la responsabilidad objetiva del administrado.

No se admite interpretación extensiva o analogía, así como en el ámbito penal vamos a encontrar nullun pena, nullun crimen, sinne legem, en el derecho administrativo sancionador se aplica en lo que corresponde este principio, como quiera que en el ámbito sancionador no se discute delitos, o en muchos casos se discute la privación de la libertad y como sabemos de ninguna manera la libertad está en discusión en un procedimiento sancionador. La sanción

tiene que estar expresamente señalada en una norma con rango de ley y la infracción que se le imputa al administrado tiene que adecuarse a los supuestos, a los requisitos constitutivos de la infracción administrativa, si no encuadra el hecho en la norma no se podrá sancionar en aplicación del principio de presunción de licitud, que es un principio que está previsto en el procedimiento administrativo general. (MINISTERIO DE JUSTICIA Y DERECHOS HUMANOS, 2016)

La prohibición de la aplicación de la analogía sería por ejemplo si en un procedimiento sancionador se sancionó de una manera, se pueda imponer una sanción administrativa similar.

Por lo tanto, la acción u omisión considerada como falta tiene que responder a los supuestos constitutivos que establezca la normativa respecto a una infracción.

Aquí también se debe tener en cuenta los reglamentos, los reglamentos en la medida que constituyen normas de menor jerarquía que la ley, estas se incorporan al bloque de legalidad, siempre y cuando no desnaturalicen la ley, es decir siempre y cuando no vaya en contra de la voluntad o de lo que ha querido el legislador, por lo tanto puede especificar o graduar una conducta o determinadas sanciones al reglamento siempre y cuando estas no constituyan una nueva infracción a la que está prevista legalmente.

Antes de establecer una definición propia del principio de tipicidad, resulta útil precisar sus particularidades con relación a los alcances del principio de legalidad. Como se señaló, el principio de legalidad, en sentido estricto, hace referencia al instrumento normativo en el que deben encontrarse prevista la potestad sancionadora y la previsión de infracciones y sanciones; esto es, tiene relación estrecha con el principio de reserva de ley.

Por su parte, el principio de tipicidad alude al grado de predeterminación normativa de los comportamientos típicos proscribiendo supuestos de interpretación extensiva o analógica, lo cual significa que solo cabe castigar un hecho cuando este se encuentre precisamente definido y se tenga claramente definida su penalidad. Conforme a su naturaleza, el principio de

tipicidad no se encuentra sujeto a una reserva de ley absoluta, pues en determinadas situaciones podría ser complementado a través de los reglamentos respectivos.

El Tribunal Constitucional considera a la tipicidad o taxatividad como una de las manifestaciones del principio de legalidad respecto de los límites que se imponen al legislador penal o administrativo, a efectos de que las prohibiciones (que definen sanciones) estén redactadas con un nivel de precisión suficiente que permita a cualquier ciudadano de formación básica, comprender sin dificultad lo que se está proscribiendo bajo amenaza de sanción en una determinada disposición legal. El criterio del Tribunal Constitucional es, en ese sentido, el de considerar que la tipicidad constituye la precisa definición de la conducta que la ley considera como falta.

La práctica determina que existan materias que, por su complejidad o características particulares, requieran de una tipificación más amplia y desarrollada que la que se encontraría prevista en la norma de rango legal (sin que ello les releve de la obligación de establecer una definición concreta y precisa de la conducta constitutiva de infracción y de la sanción a nivel de la ley²⁹). En ese sentido, si bien el inciso 4 del artículo 246 del TUO de la Ley N° 27444 establece que solo constituyen conductas sancionables las infracciones previstas en normas con rango de ley sin admitir interpretación extensiva o analogía, seguidamente admite la posibilidad de que mediante reglamentos se especifique o gradúe disposiciones dirigidas a identificar infracciones o determinar sanciones (siempre y cuando no constituyan nuevas conductas sancionables a las previstas en la ley).

Asimismo, dicha disposición establece que mediante ley o Decreto Legislativo es posible habilitar la tipificación de infracciones por norma reglamentaria. Cabe indicar que no cualquier colaboración reglamentaria se encuentra permitida por la norma, pues solo se admite aquella que se encuentra alineada con lo previsto en la ley y no sobrepasen los límites naturales que le son permitidos.

Asimismo, considerando que existen casos en los que resulta imposible que en instrumentos legales se recojan las conductas sancionables para el ejercicio de la potestad sancionadora, la norma establece que la ley o decreto legislativo pueden habilitar la tipificación de infracciones por norma reglamentaria.

Al respecto, el Tribunal Constitucional ha señalado que “...las sanciones administrativas pueden estar contenidas en reglamentos, siempre que así lo habilite expresamente la Ley que asigna competencias sancionadoras al ente administrativo correspondiente. En el presente caso, dicho requisito se cumple, dado que los artículos 51 y 58 de la Ley Orgánica del Ministerio Público, han delegado la tipificación de las sanciones en el Reglamento de Organización y Funciones de la Fiscalía Suprema de Control Interno del Ministerio Público.

Ahora bien, debe tomarse en cuenta que, a través de la tipificación de infracciones, no se puede imponer obligaciones que no estén previstas previamente en una norma legal o reglamentaria, según corresponda. Esta disposición se aplica tanto para el supuesto de tipificación vía Ley o Decreto Legislativo, al de colaboración reglamentaria, así como al de tipificación vía reglamento (cuando así lo disponga la Ley o el Decreto Legislativo correspondiente).

Finalmente, con el propósito de evitar la sobre criminalización de determinadas conductas y la afectación al principio non bis in ídem, el inciso 4 del artículo 246 del TUO de la Ley N° 27444 prevé que se debe evitar la tipificación de infracciones con idéntico supuesto de hecho e idéntico fundamento respecto de aquellos delitos o faltas establecidos en leyes penales o infracciones tipificadas en otras normas administrativas sancionadoras. (MINISTERIO DE JUSTICIA Y DERECHOS HUMANOS, 2017).

2.20.6. Non Bis in Ídem.

Este principio se origina como consecuencia de la prohibición de persecución y sanción múltiple por el mismo hecho, lo cual constituye un derecho fundamental de obligatorio cumplimiento por todas las instancias procesales

y tiene por finalidad, garantizar que los ciudadanos puedan defender adecuadamente sus derechos ante cualquier acto que pudiera afectarlos.

El Tribunal Constitucional ha señalado que este principio tiene dos connotaciones, una sustantiva y otra procesal. En su connotación material garantiza que ninguna persona sea sancionada o castigada dos o más veces cuando exista identidad de sujeto, hecho y fundamento. Por otro lado en su connotación procesal significa que nadie puede ser enjuiciado nuevamente por los mismos hechos respecto de los cuales existe un proceso anterior en trámite. El análisis de triple identidad (sujeto, hecho, fundamento), delimita el contenido del derecho aludido y constituye un presupuesto de aplicación de la prohibición de incurrir en bis in ídem. (MINISTERIO DE JUSTICIA Y DERECHOS HUMANOS, 2016)

2.20.7. Irretroactividad

Este principio también está previsto en la Constitución Política del Perú, que significa que será aplicable las disposiciones sancionadoras vigentes al momento de incurrir el administrado en la conducta a sancionar, salvo que la norma posterior sea más beneficiosa, este principio también está recogido en el ámbito penal, siguiendo el criterio normativo constitucional, las normas son aplicables a futuro no se puede aplicar de manera retroactiva, salvo que la norma sea favorable al reo, siempre es una norma que se aplica a futuro.

El principio de irretroactividad de las normas tiene su reconocimiento a partir de lo dispuesto en el artículo 103 de la Constitución Política del Perú, en el que se establece que la ley se aplica a las consecuencias de las relaciones y situaciones jurídicas existentes y no tiene fuerza ni efectos retroactivos, salvo en materia penal cuando favorece al reo.

La doctrina señala que el principio de irretroactividad de las normas sancionadoras se fundamenta en el principio de seguridad jurídica, es decir, en la necesidad de conocer en todo momento qué conductas son reprochables y qué grado de reproche se establece a través de la sanción concreta.

Dicho principio también se encuentra vinculado al derecho fundamental a la legalidad (como garantía formal y material) por el que las normas sancionadoras no pueden desplegar efectos retroactivos in peius.

En ese sentido, el principio de irretroactividad involucra que, por regla general, corresponde aplicar las normas sancionadoras vigentes en el momento de la configuración de la infracción administrativa. No obstante, este principio contiene una excepción importante, la cual se configura cuando la norma posterior resulta más favorable para el administrado.

Mediante el artículo 2 del Decreto Legislativo N° 1272 se modificó el principio de irretroactividad a fin de precisar los supuestos respecto de los cuales se podría configurar su excepción, es decir, la aplicación retroactiva de una norma posterior más favorable. Estos supuestos son los siguientes:

- Tipificación de la infracción más favorable.
- Previsión de la sanción más favorable. Incluso respecto de aquellas sanciones que se encuentran en ejecución al entrar en vigor la norma nueva.
- Plazos de prescripción más favorables. Como se puede apreciar, la nueva regulación del principio de irretroactividad no hace más que detallar los alcances de la retroactividad benigna, precisando que esta podrá ser aplicada para la tipificación de la infracción, determinación de plazos de prescripción, así como para la previsión de las sanciones administrativas (incluso cuando estas se encuentren en fase de ejecución). (MINISTERIO DE JUSTICIA Y DERECHOS HUMANOS, 2017).

2.20.8. Concurso de Infracciones.

Este es un principio que también es aplicable del derecho procesal en general y que también sigue la tendencia del sistema punitivo peruano, cuando exista un hecho que califique como más de una infracción siguiendo este criterio se establece que solo se puede sancionar aquella infracción que reviste de mayor

gravedad, el concurso de infracciones siguiendo la temática penal implica que un hecho pueda calificar como más de un delito o que diversos hechos califiquen como diversos hechos punitivos, en el primer caso estaremos ante un concurso ideal y en el segundo caso como un concurso real, en el ámbito administrativo sancionador es similar, no significa de que no se va a conocer los hechos o infracciones que haya cometido el administrado, eso ya debe estar contenido en la respectiva resolución, pero no tienen ese carácter acumulativo, sin perjuicio que puedan exigirse las demás responsabilidades que establecen las leyes correspondientes.

En virtud de este principio el procedimiento sancionador aparece como un procedimiento que no excluye, sino más bien contribuye al esclarecimiento de otro tipo de responsabilidades, permite que sin perjuicio de su apertura o instrucción, el procedimiento sancionador puede ir a la par de aquellos procesos que establezcan responsabilidades de otro tipo, es decir lo que salvaguarda este principio es que no obstante las sanciones que vea a imponer se puede interponer responsabilidad penal, civil o laboral, la primera razón es que si es que este hecho administrativo de alguna manera ha causado un perjuicio económico en el estado o en otro administrado o en un ciudadano que no participa en el procedimiento, entonces la responsabilidad civil no debe ser analizada en el procedimiento administrativo, ya que no tiene competencia como tal, esta responsabilidad civil lo dilucidara un juez especializado en lo civil ya sea por responsabilidad contractual o extracontractual, o también el hecho puede traer responsabilidades penales como en el caso de que una persona presente documentación falsa en un concurso público, se le va a cuestionar un delito, quien deberá recaer la acción penal en el fiscal. Entonces el procedimiento sigue el principio de autonomía de responsabilidades, a través de este principio un hecho que califique como una infracción puede dar lugar a una responsabilidad de carácter civil o penal y no significa que se quebrante el principio de nos bis in ídem.

De acuerdo a la Ley Orgánica del Poder Judicial un procedimiento administrativo que dependa de lo que se decida en el fuero penal, tiene que ser suspendido hasta que se resuelva el proceso penal, es decir se da

preferencia a la judicialidad, sin embargo la tendencia que se establece a través del procedimiento administrativo general, es que este no se archive por el hecho de haberse aperturado un procedimiento penal, ya que la sanción administrativa no perjudica en absoluto un proceso penal o civil, si bien la ley orgánica citada advierte eso, pero bajo el principio de autonomía de responsabilidad mientras no se afecte el no bis in ídem en tanto no exista una incompatibilidad es necesario que el procedimiento administrativo sancionador continúe. Salvo que el juez con una medida cautelar disponga que el procedimiento se suspenda, sobretudo en el ámbito disciplinario, ya que en el procedimiento penal es más compleja la actividad probatoria, pero la absolución en un proceso penal no significa que vaya ser absuelto en el procedimiento administrativo sancionador.

Estos principios se incorporan al procedimiento administrativo sancionador no tanto por supletoriedad, sino en la medida que sean compatibles con su naturaleza, no olvidemos que el Poder Judicial lo que salvaguarda es el interés de las partes en cambio en el procedimiento administrativo salvaguarda el interés público.

En el ámbito del derecho administrativo sancionador es posible que se presenten casos en los que una misma conducta o hecho califique como más de una infracción administrativa. En dichos casos se puede aplicar diferentes opciones teóricas para determinar la sanción que corresponde aplicar. Si se elimina la acumulación material (suma de las penas atribuidas a todos y cada uno de los delitos cometidos por la misma acción) restarían fundamentalmente 2 posibilidades, estas son: i) la absorción de la pena, lo cual implica la elección de la pena más grave entre todas las que entran en juego a la vista de los delitos cometidos; o, ii) la exasperación (o aspiración) de la pena, la cual implica escoger la más grave y además elevar o intensificar su contenido, aunque sin llegar, naturalmente, a la suma de todas ellas.

Nuestro ordenamiento legal ha optado por la primera posibilidad, es decir, por la absorción de las sanciones y, por ello, el inciso 6 del artículo 246 del TUO de la Ley N° 27444 señala que en el caso del concurso de infracciones se debe aplicar la sanción prevista para la infracción más grave:

«Artículo 246.- Principios de la potestad sancionadora administrativa (...)

2.20.9. Concurso de Infracciones. –

Cuando una misma conducta califique como más de una infracción se aplicará la sanción prevista para la infracción de mayor gravedad, sin perjuicio que puedan exigirse las demás responsabilidades que establezcan las leyes. (MINISTERIO DE JUSTICIA Y DERECHOS HUMANOS, 2017)

2.20.10. El principio de continuación de infracciones

El principio de continuación de infracciones se encuentra enunciado en el inciso 7 del artículo 246 del TUO de la Ley N° 27444: Artículo 246.- Principios de la potestad sancionadora administrativa (...)

Continuación de infracciones. - Para determinar la procedencia de la imposición de sanciones por infracciones en las que el administrado incurra en forma continua, se requiere que hayan transcurrido por lo menos treinta (30) días hábiles desde la fecha de la imposición de la última sanción y que se acredite haber solicitado al administrado que demuestre haber cesado la infracción dentro de dicho plazo. Las entidades, bajo sanción de nulidad, no podrán atribuir el supuesto de continuidad y/o la imposición de la sanción respectiva, en los siguientes casos:

- a) Cuando se encuentre en trámite un recurso administrativo interpuesto dentro del plazo contra el acto administrativo mediante el cual se impuso la última sanción administrativa.
- b) Cuando el recurso administrativo interpuesto no hubiera recaído en acto administrativo firme. c) Cuando la conducta que determinó la imposición de la sanción administrativa original haya perdido el carácter de infracción administrativa por modificación en el ordenamiento, sin perjuicio de la aplicación de principio de irretroactividad a que se refiere el inciso 5. (...)» Como se puede apreciar, para imponer sanciones por infracciones en las que el administrado incurra en forma continua, se requiere que: i) hayan

transcurrido por lo menos 30 días desde la fecha de la imposición de la última sanción; y, ii) se acredite haber solicitado al administrado demostrar que cesó la infracción dentro de dicho plazo.

Cabe indicar que este principio aplica frente a una conducta ilícita que no constituye un acto aislado y concreto sino una actividad perdurable y constante. Dicho en otros términos, se trata de una conducta reiterada por una voluntad duradera en la que no se da situación concursal alguna, sino una progresión unitaria con repetición de actos.

El supuesto de infracción continuada exige que se hayan cometido varias acciones u omisiones que infrinjan el mismo precepto y que el autor actúe en ejecución de un plan preconcebido o aprovechando idéntica ocasión. Para considerar que existe unidad de hecho (o de acción en sentido amplio) se requiere que en un breve periodo de tiempo y de forma sucesiva se reitere la misma acción típica guiada por un propósito único.

De esta manera, el requisito del plazo establecido en la norma implica que un distanciamiento de espacio y tiempo considerable entre una y otra acción puede dificultar, si no impedir, la refundición de todas ellas en una sola que sea creadora de un único castigo. La justificación de la construcción de la ficción jurídica de la infracción continuada se encuentra en dos razones: una, en que con ello se trata de evitar imponer tantas sanciones como infracciones se hubieran cometido, con evidente efecto favorable para el presunto infractor; y dos, que, como contrapartida, no se produce la prescripción de la infracciones aisladas, pues estas han perdido su individualidad y han pasado a constituir un tipo indivisible, diferente de las infracciones individuales que la integran. (MINISTERIO DE JUSTICIA Y DERECHOS HUMANOS, 2017)

2.20.11. El principio de causalidad

El legislador peruano ha concretizado el principio de causalidad en el inciso 8 del artículo 246 del TUO de la Ley N° 27444, en los siguientes términos:

En aplicación del principio de causalidad, la sanción debe recaer en el administrado que realizó la conducta tipificada como infracción administrativa. La doctrina nacional señala que este principio involucra el principio de personalidad de las sanciones, por el cual la asunción de la responsabilidad corresponde a quien incurrió en la conducta prohibida por la ley, y, por tanto, no se puede hacer responsable a una persona por un hecho ajeno, sino solo por los propios.

Asimismo, implica que para la aplicación de la sanción resulta condición indispensable que la conducta del administrado satisfaga una relación de causa-efecto respecto del hecho considerado infracción; y que además, haya sido idónea para producir la lesión y no tratarse de los casos de fuerza mayor, hecho de tercero o la propia conducta del perjudicado.

2.20.12. El principio de presunción de licitud

El inciso 9 del artículo 246 del TUO de la Ley N° 27444, en los siguientes términos:

Como se puede apreciar, la normativa administrativa establece que las entidades públicas deben respetar la presunción de no existencia de responsabilidad administrativa mientras no se demuestre lo contrario. El principio de presunción de licitud precitado se deriva del principio constitucional a la presunción de inocencia previsto en el literal e) del inciso 24 del artículo 2 de la Constitución Política del Perú, el cual señala que toda persona es considerada inocente mientras no se haya declarado judicialmente su responsabilidad.

Además de un límite a la potestad legislativa y un criterio condicionador de interpretación normativa, este principio constituye un derecho subjetivo público. Así, como derecho, posee su eficacia en un doble plano: (i) opera en situaciones extraprocesales involucrando el derecho a ser tratado como «no responsable» de los hechos ilícitos y la no aplicación de las consecuencias vinculadas a tales hechos; y, (ii) opera fundamentalmente en el campo procesal determinando una presunción, la presunción de inocencia con influjo decisivo en el régimen jurídico de la prueba.

El objeto de la presunción de inocencia se refiere a dos ámbitos. Desde su vertiente material se aplica a los hechos y la culpabilidad; y, desde su vertiente de carácter formal se manifiesta a lo largo de todo el proceso. Es indispensable tener presente que toda resolución sancionadora, sea penal o administrativa, requiere a la par certeza de los hechos imputados, obtenida mediante pruebas de cargo, y certeza del juicio de culpabilidad sobre los mismos hechos.

La naturaleza sustancialmente procesal de la presunción de inocencia, se manifiesta en que la carga de la prueba recae sobre la Administración permitiendo la destrucción de la presunción, la cual es siempre posible (en cuanto que es *iuris tantum*) pero como mínimo debe suponer la prueba de los hechos constitutivos y de los elementos integrantes del tipo⁴⁴. La imputación de responsabilidad no puede realizarse por simples indicios y conjeturas, sino que debe estar suficientemente razonada. (MINISTERIO DE JUSTICIA Y DERECHOS HUMANOS, 2017)

2.20.13. El principio de culpabilidad

La incorporación del principio de culpabilidad en el ámbito del procedimiento administrativo sancionador constituye una de las grandes novedades de la modificación operada mediante el artículo 2 del Decreto Legislativo N° 1272, pues antes de ello, la ley del procedimiento administrativo general parecía haber optado por una responsabilidad eminentemente objetiva que solo exigía la culpabilidad entendida como principio de personalidad de las infracciones y de responsabilidad por el hecho (principio de causalidad) no exigiendo el dolo o la culpa como requisito para aplicar la sanción. Actualmente, la normativa prevé el principio de culpabilidad de la siguiente manera:

Como se puede apreciar, en aplicación del principio de culpabilidad, la responsabilidad administrativa tiene necesariamente carácter subjetivo, a excepción de los casos en que por ley o decreto legislativo se disponga la responsabilidad administrativa objetiva. Ello implica que la entidad pública con potestad sancionadora se encuentra obligada acreditar la responsabilidad subjetiva (dolo o culpa) como elemento indispensable para la imputación de una infracción administrativa. La doctrina señala que la exigencia de

culpabilidad involucra la presencia de dolo o cuando menos culpa para poder sancionar una conducta ilícita, excluyendo cualquier sanción de carácter objetivo.

En ese sentido, «la culpabilidad sería el reproche que se dirige a una persona porque debió actuar de modo distinto a como lo hizo, para lo cual debió tener la posibilidad de actuar de otro modo (es decir, no puede castigarse por no haber realizado un comportamiento imposible). En vinculación con ello, la doctrina española ha afirmado que una de las ideas menos cuestionadas del Derecho sancionador lo constituye la proscripción de la sanción a comportamientos en los que no concurre dolo o culpa, es decir, imprudencia. Esto es lo que conocemos como principio de imputación subjetiva.

Conviene tomar en cuenta que, aun cuando no contaba con reconocimiento expreso en la normativa administrativa, el principio de culpabilidad fue reconocido a nivel jurisprudencial por el Tribunal Constitucional como una exigencia para ejercer legítimamente la potestad sancionadora. Así se puede advertir en la Sentencia del 3 de enero de 2003 recaída en el Expediente 0010-2002-AI/TC, la cual en su fundamento 64 señala lo siguiente: «El principio de culpabilidad es una garantía y al mismo tiempo un límite a la potestad punitiva del Estado; por consiguiente, la aplicación del artículo 2° del Decreto Ley N.º 25475 queda supeditada a que, al infringirse los bienes jurídicos señalados por la norma penal, ello se haya realizado con intención del agente. (...)» En la misma línea, en la Sentencia del 24 de noviembre de 2004 recaída en el Expediente 2868-2004-AA/TC (fundamento 21), el Tribunal Constitucional reconoce expresamente que las sanciones solo pueden sustentarse en la comprobación de la responsabilidad subjetiva del agente infractor: «...es lícito que el Tribunal se pregunte si es que en un Estado constitucional de derecho es válido que una persona sea sancionada por un acto ilícito cuya realización se imputa a un tercero.

La respuesta no puede ser otra que la brindada en la STC 0010-2002-AI/TC: un límite a la potestad sancionatoria del Estado está representado por el principio de culpabilidad. Desde este punto de vista, la sanción, penal o

disciplinaria, solo puede sustentarse en la comprobación de responsabilidad subjetiva del agente infractor de un bien jurídico.

En ese sentido, no es constitucionalmente aceptable que una persona sea sancionada por un acto o una omisión de un deber jurídico que no le sea imputable. Como se puede apreciar, a nivel jurisprudencial, el principio de culpabilidad ya había sido reconocido como una exigencia propia del ejercicio de la potestad sancionadora, lo cual resultaba coherente con la postura sostenida por el Tribunal Constitucional al considerar tal principio como uno de los principios básicos del derecho sancionador que no solo se aplica en el ámbito del derecho penal sino también se debe extender al derecho administrativo sancionador.

En ese sentido, mediante la incorporación del principio de causalidad en la normativa administrativa, el legislador ha acogido el criterio jurisprudencial que ya se había venido siendo sostenido en el Tribunal Constitucional en aras de tutelar un ejercicio legítimo de la potestad sancionadora. De esta manera, desde una perspectiva más garantista, actualmente la atribución de responsabilidad administrativa involucra más que simplemente hacer calzar los hechos determinados por ley como ilícitos, pues debe realizarse un análisis que examine la motivación y voluntad del sujeto infractor. Conviene precisar que, la verificación de la responsabilidad subjetiva propia del principio de culpabilidad antes anotado, se debe realizar después de que la autoridad administrativa determine que el agente ha realizado (u omitido) el hecho calificado como infracción (principio de causalidad).

Se trata de dos niveles de análisis distintos, pues la causalidad como elemento, corresponde a la constatación objetiva de una relación natural de causa efecto, mientras que la culpabilidad como fundamento, se refiere a la valoración subjetiva de una conducta.

De esta manera, si se prueba la existencia de un factor que rompa el nexo causal entre el sujeto y la conducta imputada no se configuraría el principio de causalidad y, por ende, ya no se correspondería realizar el análisis de culpabilidad y probar la existencia del elemento subjetivo (dolo o culpa).

Como consecuencia de lo anterior, aun cuando en la responsabilidad administrativa objetiva no corresponde evaluar los elementos subjetivos del dolo o la culpa sí se debe evaluar la existencia de nexo causal entre el sujeto y la conducta infractora, sobre todo porque en este tipo de responsabilidad el único criterio a tomar en cuenta es el hecho (acción u omisión) constitutivo de infracción sancionable. (MINISTERIO DE JUSTICIA Y DERECHOS HUMANOS, 2017)

2.21. Prescripción. -

La prescripción tiene una connotación sustantiva que limita la potestad punitiva del Estado, toda vez que extingue la responsabilidad de los presuntos autores, así como la facultad de investigar el hecho ilícito. Por ello en la medida que sus efectos no se limitan al plano procesal sino que afectan el poder punitivo del estado, se justifica que esta no solo pueda ser alegada de parte, sino que también pueda ser declarado de oficio por el juez.

En el derecho penal la aplicación de la prescripción de oficio por parte del órgano jurisdiccional tiene como sustento optar por una posición más garantista a favor del derecho del debido proceso del imputado, toda vez que lo contrario implicaría procesar y eventualmente sancionar a alguien por un hecho, del cual ya no es responsable, por la inacción del Estado.

Desde la óptica de un único derecho punitivo estatal es posible afirmar que el tratamiento y la naturaleza jurídica de la prescripción penal, puede ser llevada al procedimiento administrativo sancionador. (MINISTERIO DE JUSTICIA Y DERECHOS HUMANOS, 2016)

2.22. Caracteres del Procedimiento Administrativo Sancionador. -

El artículo 235 de la Ley 27444 Ley del Procedimiento Administrativo General, establece para cada fase una serie de actuaciones cuyo propósito es determinar la existencia de una falta administrativa así como su consecuente sanción como consecuencia de la misma, la destacada diferencia entre la labor instructiva y la fase decisora , radica en que la primera la autoridad tiene como función la realización de toda actuación conducente a la determinación o no de la responsabilidad

administrativa pasible de sanción , mientras que la fase decisora tiene a su cargo la imposición de la sanción, a partir de la responsabilidad administrativa que diese lugar a la misma. (MINISTERIO DE JUSTICIA Y DERECHOS HUMANOS, 2017)

Esta separación garantiza la decisión final imparcializada, por lo tanto se trata de autoridades distintas y no de órganos distintos, ahora la norma no impide expresamente que el instructor también pueda tener facultades de autoridad que realiza actividad administrativa de fiscalización, siendo que ello depende el mismo diseño institucional y el presupuesto de cada entidad, ya que la actividad de fiscalización no conforma una tercera etapa dentro del procedimiento administrativo sancionador, sino que es una función aparte.

En el caso particular de un procedimiento administrativo sancionador, la ejecutoriedad de los actos administrativos presenta algunos matices que lo diferencian de los procedimientos ordinarios, por ejemplo la interposición de un recurso administrativo paraliza la ejecución de la sanción hasta que el mismo sea resuelto, a fin de guardar coherencia con el principio de presunción de inocencia, no obstante ello la sanción impuesta recupera ejecutividad una vez que se haya resuelto el recurso, aun cuando se presente demanda contenciosa administrativa.

La resolución que dispone una sanción administrativa, deviene en ejecutiva cuando se ponga fin a la vía administrativa concurriendo cualquiera de las circunstancias previstas en el artículo 218 de la Ley 27444.

Si bien el procedimiento administrativo sancionador es el instrumento del que se sirve la Administración Pública para dilucidar la comisión de una infracción administrativa, es importante enfatizar también su relevancia como el conjunto de pautas que, establecidas previamente, permiten al administrado conocer de qué manera se realiza la determinación de los hechos imputados y la aplicación de las consecuencias jurídicas, así como los principios y derechos que los amparan frente al ejercicio de la potestad sancionatoria del Estado. Los derechos de los administrados no podrían salvaguardarse sin la existencia de una debida estructuración de actos que delimite las acciones de la Administración Pública y garantice que estas se realicen dentro del marco constitucional y legal establecido.

En sintonía con esta perspectiva, Santamaría Pastor sostiene que el procedimiento sancionador impacta dos aspectos fundamentales del ejercicio de la potestad sancionadora de una parte, su funcionalidad para la correcta determinación de los hechos y de las circunstancias personales del inculpado; y, de otra, la prestación a este de las garantías de defensa doblemente necesarias al ejercicio de una actividad, como la sancionadora, cuya capacidad de incidencia y lesión en una persona y patrimonio de los ciudadanos es muy superior a la del resto de las actividades que la Administración desarrolla.

De esta manera, el procedimiento sancionador constituye, de un lado, una herramienta que le permite a la autoridad administrativa determinar adecuadamente la existencia de responsabilidad administrativa; y, de otra parte, una garantía que le permite al administrado conocer las infracciones que se le atribuyen, así como los derechos y principios que les son aplicables. El procedimiento administrativo sancionador presenta una serie de caracteres de indispensable observancia para el correcto ejercicio de la potestad sancionadora de la Administración Pública, los cuales se encuentran previstos en el artículo 252 del TUO de la Ley N° 27444 y van a ser desarrollados a continuación. (MINISTERIO DE JUSTICIA Y DERECHOS HUMANOS, 2017)

Diferenciación entre la autoridad que conduce la fase instructora y la que decide la aplicación de la sanción

Uno de los principios clásicos del Derecho Procesal Penal ha consistido en la separación orgánica entre las autoridades judiciales que realizan la instrucción y las que dictan sentencia, con lo cual se pretende lograr el máximo nivel de imparcialidad del órgano decisorio por cuanto la instrucción crea, inevitablemente, un conjunto de prejuicios sobre el fondo que deben evitarse en la decisión final. Al respecto, la Corte Interamericana de Derechos Humanos sostiene que el derecho a ser juzgado por un juez o tribunal imparcial es una garantía fundamental del debido proceso. Es decir, se debe garantizar que el juez o tribunal en el ejercicio de su función como juzgador cuente con la mayor objetividad para enfrentar el juicio.

Actualmente se comprende la necesidad de garantizar con mayor énfasis la imparcialidad en el procedimiento sancionador, a fin de evitar que la autoridad

decisoria emita una sanción basada en juicios de valor previamente elaborados y, a su vez, procurar que el instructor desarrolle un alto grado de especialización en la investigación de los hechos materia del procedimiento. Mediante el artículo 2 del Decreto Legislativo N° 1272, se recogió esta garantía estructural incluyéndola como parte del principio del debido procedimiento y también se modificó la disposición referida a los caracteres del procedimiento sancionador eliminando la frase que la relativizaba sujetándola a la condición de que «la organización de la entidad lo permita.» De acuerdo a ello, el inciso 1 del párrafo 252.1 del artículo 252 del TUO de la Ley N° 27444 quedó redactado en los siguientes términos:

«Artículo 252. Caracteres del procedimiento sancionador

252.1 Para el ejercicio de la potestad sancionadora se requiere obligatoriamente haber seguido el procedimiento legal o reglamentariamente establecido caracterizado por:

1. Diferenciar en su estructura entre la autoridad que conduce la fase instructora y la que decide la aplicación de la sanción.

De esta manera, se busca reforzar la relevancia de la diferenciación estructural entre la autoridad instructora y la decisoria como garantía de imparcialidad que tiene como fundamento el principio al debido procedimiento y el derecho a la tutela jurisdiccional efectiva contemplados en el inciso 1.5 del artículo IV del Título Preliminar del TUO de la Ley N° 27444 y en el inciso 3 del artículo 139 de la Constitución Política del Perú. (MINISTERIO DE JUSTICIA Y DERECHOS HUMANOS, 2017)

Vinculación respecto de los hechos probados por resoluciones judiciales firmes

Conforme al inciso 2 del párrafo 252.1 del artículo 252 del TUO Ley N° 27444, los hechos probados por resoluciones judiciales firmes vinculan a las entidades en sus procedimientos sancionadores. Textualmente, se estipula lo siguiente:

Artículo 252. Caracteres del procedimiento sancionador

1 Para el ejercicio de la potestad sancionadora se requiere obligatoriamente haber seguido el procedimiento legal o reglamentariamente establecido caracterizado por:

(...)

Considerar que los hechos probados por resoluciones judiciales firmes vinculan a las entidades en sus procedimientos sancionadores (...).

Sobre el particular, el legislador ha querido establecer que los hechos probados mediante una resolución judicial firme obligan a la autoridad administrativa sancionadora en los procedimientos que tramite. De esta manera, se garantiza la adecuación que debe existir entre la justicia impartida por órganos jurisdiccionales y la generada en el ámbito administrativo reconociéndose la preeminencia de la vía judicial respecto de la administrativa. De acuerdo con esto último, las autoridades administrativas deben asumir en sus decisiones los hechos probados en fallos judiciales (consentidos o ejecutoriados) no pudiendo emitir pronunciamientos contrarios a lo expresado por la judicatura. (MINISTERIO DE JUSTICIA Y DERECHOS HUMANOS, 2017)

2.23. El Silencio Administrativo Negativo en el Procedimiento Sancionador.

La aplicación del Silencio Administrativo Negativo en el Procedimiento Sancionador se encuentra establecida en el artículo 188.6 de la Ley 27444, en el caso de los procedimientos sancionadores, los recursos impugnativos se encuentran sujetos a la aplicación del silencio administrativo negativo como forma de poner fin al procedimiento sancionador. Aun cuando el silencio administrativo negativo haya operado, la administración mantiene su obligación de resolver hasta que se le notifique que el asunto ha sido sometido a conocimiento de una autoridad jurisdiccional, o en su caso el administrado ha hecho uso de los recursos administrativos que corresponden.

La aplicación de este silencio habilita la posibilidad de que el administrado pueda ejercitar su derecho de cuestionar el acto que lo afecta en la instancia superior y si se trata de la última instancia administrativa impugnarlo en el fuero judicial. En ese sentido la función del silencio negativo, se encuentra restringida a un aspecto netamente adjetivo (denegar el pedido y en el caso de ser última instancia, agotar la vía administrativa habilitando el cuestionamiento, ante el poder judicial) y no tiene mayor impacto respecto a la validez o ejecutoriedad del acto administrativo que se cuestiona a través de la vía judicial.

2.24. Sujetos del procedimiento administrativo sancionador

De conformidad con el inciso 1 del artículo 253 del TUO de la Ley N° 27444, el procedimiento administrativo sancionador se inicia siempre de oficio, ya sea por propia iniciativa o como consecuencia de orden superior, petición motivada de otros órganos o entidades o por denuncia. De lo señalado, se concluye que en todo procedimiento sancionador siempre habrá, como mínimo, dos participantes: la autoridad administrativa a quien expresamente se le ha atribuido la potestad sancionadora y el administrado a quien se atribuye la infracción.

2.24.1. La autoridad administrativa a quien se le atribuye potestad sancionadora

Como se ha señalado previamente, nuestro ordenamiento jurídico contempla la existencia de autoridades administrativas que cuentan con potestades represivas o de sanción dirigidas a contrarrestar la comisión de aquellas conductas ilícitas cuyo castigo se encuentra excluido de la competencia de los órganos jurisdiccionales penales. No obstante, el ejercicio de tales potestades no es irrestricto ni arbitrario; por el contrario, se rige por la idea fundamental de que debe ser reglado en atención a su carácter represivo y su alta incidencia en la esfera jurídica del administrado.

En ese orden de ideas, el ejercicio de la potestad sancionadora de toda autoridad administrativa debe de realizarse dentro del marco de los parámetros jurídicos que rigen el ordenamiento jurídico administrativo y el Estado Constitucional de Derecho.

La premisa de una potestad sancionadora reglada constituye también una protección para la esfera de derechos del administrado, toda vez que garantiza el respeto de los principios que rigen en el procedimiento administrativo sancionador conforme a lo señalado por el propio Tribunal Constitucional, el cual ha establecido que cualquiera que sea la actuación de los órganos estatales o particulares dentro de un proceso o procedimiento (sea jurisdiccional, administrativo sancionatorio, corporativo o parlamentario) se debe respetar el derecho al debido proceso.

Igualmente, dicho Tribunal ha precisado que los principios de culpabilidad, legalidad, tipicidad, entre otros, constituyen principios básicos del Derecho Sancionador que no solo deben ser exigibles en el ámbito del Derecho Penal, sino que también deben ser cumplidos en el del Derecho Administrativo Sancionador.

2.24.2. El particular

A quien se le atribuye la infracción frente al poder sancionatorio de las autoridades administrativas, el particular goza de una serie de garantías derivadas del principio del debido procedimiento y de la naturaleza del procedimiento sancionador.

Al respecto, el Tribunal Constitucional ha recordado que las garantías constitucionales consagradas en el artículo 139 de la Constitución Política del Perú son de aplicación (en la medida en que resulten compatibles con su naturaleza) a los procedimientos administrativos sancionadores. Entre dichas garantías se incluyen específicamente las siguientes:

1. El derecho a la defensa, que proscribe cualquier estado o situación de indefensión.
2. El derecho a conocer los cargos que se formulan contra el sometido a procedimiento administrativo sancionador.
3. El derecho a no declarar contra sí mismo; el derecho a la asistencia de letrado o a la autodefensa.
4. El derecho a utilizar los medios de prueba adecuados para la defensa; el derecho a la última palabra, entre otros. (MINISTERIO DE JUSTICIA Y DERECHOS HUMANOS, 2017).

1. Proceso Contencioso Administrativo

La expresión contencioso administrativo es sin duda clásica en esta materia.

La doctrina formulado severas críticas a esta denominación diciendo que contencioso deriva de contenderé e implica, litigios, conflicto de intereses en que dos partes acuden a un tercero imparcial para que solucione sus diferencias.

Pero por cierto es que en materia de control judicial de la administración, no siempre existe conflicto de intereses ni hay dos partes, por ejemplo en algunos códigos en el caso de la acción de anulación o ilegitimidad en que a veces solo es parte el particular accionante o en el proceso de lesividad en que solo es parte la administración que acciona.

El vocablo contencioso tuvo su origen en los tribunales administrativos franceses que se caracteriza por ser órganos de la propia administración que resuelven los litigios entre ella y los administrados, sin revisión judicial posterior.

Es de destacar que en el concepto francés de la división de poder la justicia no debe inmiscuirse para nada en los asuntos relativos a la administración pública que los decide en última instancia y por sí sola.

En cambio en nuestro sistema no se puede negar a los administrados el acceso a una instancia judicial propiamente dicha, siendo inconstitucional toda pretensión de la administración por la que intente ejercer funciones propias de los jueces.

El empleo de la expresión contencioso administrativo es errónea si de lo que se pretende hablar es de jurisdicción o de proceso. Ambos vocablos indican ya de por sí que se trata de una actividad de naturaleza jurisdiccional. Sería también superfluo interponer la palabra contencioso entre las de jurisdicción administrativa o proceso administrativo. Es así porque a nadie se le ocurriría decir jurisdicción contencioso penal. Tampoco cabe hablar en consecuencia de jurisdicción contencioso administrativo o proceso contencioso administrativo.

Por otra parte contencioso administrativo es un término confuso, que comprende un conjunto de ideas y de instituciones permitidas por el actual estado de derecho.

La expresión lingüística correcta es proceso administrativo. Pero no olvidemos que la expresión contencioso administrativa, esta incorporada a nuestra tradición jurídica. No obstante siempre nos referimos al proceso administrativo por el medio por el cual se controla jurisdiccionalmente a la administración. (Dante Cervantes, 2013)

La acción contenciosa administrativa se encuentra prevista en el artículo 148 de la Constitución Política del Perú, cuando el administrado no encuentra una respuesta en la administración pública, busca justicia a través de una pretensión, por lo que podríamos agregar que la pretensión dentro de un proceso contencioso administrativo es una solicitud no resuelta, desde el punto de vista de los intereses y derechos de los administrados. De esta manera se entrelazan el derecho administrativo con el derecho procesal, suele pasar que en el desarrollo o búsqueda de alcanzar los fines por los cuales se justifica la existencia del Estado, se vean dañados o vulnerados ciertos derechos fundamentales de algunos ciudadanos, porque simplemente desconocen el derecho aplicable o quizá por un vacío no regulado en el derecho positivo. (Círculo de Derecho Administrativo PUCP, 2012)

Ya que no siempre la autocomposición de los conflictos a través de los recursos administrativos, llegan a reconocer o amparar los derechos de los ciudadanos o no siempre se está conforme con lo que resuelve la última instancia la autoridad administrativa o simplemente ni siquiera hay respuesta de la entidad a las solicitudes de los administrados (silencio administrativo positivo y silencio administrativo negativo) los administrados tienen a bien resolver estos conflictos en sede judicial, debiendo ser este el escenario más imparcial y garantista, es por eso la existencia del proceso contencioso administrativo.

Este proceso contencioso administrativo no sólo involucra la anulación de un acto administrativo inválido, sino su propia orientación judicial de reformulación intentando de esa manera preservar la supremacía de la Constitución y la plena vigencia de los derechos fundamentales. (Círculo de Derecho Administrativo PUCP, 2012)

Se va imponiendo de esta manera ver al contencioso administrativo como el contencioso subjetivo o plena jurisdicción, que vela por la cautela de los derechos fundamentales, es a partir de la dación de la Ley 27584 que se toma este esquema subjetivo del proceso

contencioso administrativo, la cual va acompañada de una dinámica procesal más moderna.

Es por ello que si se va a reformular o modificar dicha norma, debe haber una coincidencia entre el objetivo loable que se pretende alcanzar con la impresión normativa, sobretodo en el aspecto procesal. (Círculo de Derecho Administrativo PUCP, 2012)

Para ello debe haber una claridad entre el objeto y las pretensiones a tutelar, tal como lo señala Eloy Espinoza Saldaña Barrera, por ejemplo dentro de las mencionadas en artículo 4 de la Ley 27584, nada se dice sobre la existencia de actos políticos o la discrecionalidad política dentro de las entidades, como si fuera una realidad que quisiéramos ignorar, cuando muchas veces el partido político ganador y que está a la cabeza de la entidad, termina confundiendo sus obligaciones de carácter funcional, con sus obligaciones por pertenecer a un partido político, haciendo de su institución su sede partidaria, haciendo en el peor de los casos uso de los recursos del Estado para fines partidarios, siendo habitada la institución coincidentemente por militantes políticos y no por personas que ganen un concurso público por sus capacidades y conocimientos.

Peor aún estas pretensiones por más que lo queramos negar tienen un carácter taxativo, ya que se declararía la improcedencia de la demanda si pretenderíamos cuestionar otros actos no previstos en el artículo 4, llegando a la conclusión de que no todo acto puede ser impugnado, por más perjuicio que cause a la administración pública. (Círculo de Derecho Administrativo PUCP, 2012)

Este éxito y crecimiento de la gestión administrativa se debe en parte a la limitada capacidad de legislar correctamente no abordando eficazmente los problemas numerosos que se presentan en la administración pública, dándole una solución técnica y rápida, ganando siempre la batalla la evolución cambiante y compleja y mostrándose la administración más susceptible a la influencia y dependencia política transmitida en la legislación general ampliándose su función no sólo para expedir reglas, sino para plantear y decidir casos, realizar estudios, proponer legislación, sin embargo, se crean riesgos de autoritarismo, ineptitud, y dejadez, falta de transparencia, responsabilidades que nadie quiere asumir por temor a ser sancionados, autoritarismo, etc. (Círculo de Derecho Administrativo PUCP, 2012)

Con la aparición del nuevo estado de posguerra (estado de bienestar, estado social de derecho, estado de procuración de existencia) las administraciones vieron muy ampliadas sus competencias, por lo mismo los tribunales administrativos cobraron gran importancia, provocando muchas extralimitaciones, y que en palabras de Loewenstein “no solo haría levantar a Montesquieu de su tumba”, en las que ha tenido que entender la jurisdicción administrativa “cada vez más exhausta por el ahondamiento de causas”. (Círculo de Derecho Administrativo PUCP, 2012)

En esta perspectiva, la III República de Francia fue la primera en haber otorgado a la jurisdicción administrativa el rango que merece. El Conseil d'Etat francés preside ese sistema que garantiza un proceso independiente de revisión de los actos administrativos a través del recours pour excès de pouvoir y la exception d'illegalité que procede ante medidas administrativas de sospechosa legalidad, el détournement du pouvoir controla el abuso del poder administrativo. Asimismo, la legislación en la materia distingue entre faute personnelle y faute de service; en este último caso es posible que el funcionario sólo haya cumplido con la Ley. Inglaterra se ha mantenido alejada de los tribunales administrativos, como de muchas otras cosas. Los tribunales ordinarios se encargan de controlar los actos ultra vires de los funcionarios de acuerdo al Crown Proceeding Act de 1947. (Círculo de Derecho Administrativo PUCP, 2012)

Esta norma extinguió la inmunidad que el gobierno tenía ante los tribunales. La situación en la Isla no es admirable en este terreno. Todavía su parlamento distingue algunos de sus actos - es decir, los de gobierno, de acuerdo con su sistema de interdependencia por integración- y los sustrae de la jurisdicción de los jueces. En los EE.UU. se puede recurrir todas las decisiones de la administración ante tribunales ordinarios, y también las resoluciones de las Independent Regulatory Commissions desde 1946, de acuerdo con la Administrative Procedures Act (60 Stat. 237). El procedimiento de revisión es conocido como judicial review en el lenguaje jurídico corriente, o más propiamente como judicial review of administrative agency. (Círculo de Derecho Administrativo PUCP, 2012)

En cuanto a su forma la revisión judicial consiste en el control de la regularidad jurídica del procedimiento que ha desarrollado la autoridad administrativa, pero en realidad reviste con frecuencia en el aspecto de un proceso civil contra la agencia administrativa en sí, en el que la lesión denunciada constituye el hecho de que la autoridad administrativa no se ha comportado conforme a Ley. La posibilidad de obtener la revisión judicial es

un derecho garantizado constitucionalmente. La idea fundamental es que si no existiese esta posibilidad, el ciudadano padecería una lesión sin un proceso justo. Luego, la función de los tribunales jurisdiccionales estadounidenses en relación con las agencias administrativas se deriva de tres principios fundamentales. El primero es que la agencia administrativa debe limitar su propia actividad a lo que esté legalmente autorizado. No existe ninguna cláusula general de “necesidad pública” que permita a las agencias administrativas el desarrollo de actividades no previstas en la ley de sus funciones. Por ello, la interpretación definitiva con relación a la extensión de las potestades de la administración, corresponde al órgano jurisdiccional. El segundo principio, es que la agencia administrativa debe ejercer sus funciones según los procedimientos previstos en las leyes generales que regulan los procedimientos administrativos. (Círculo de Derecho Administrativo PUCP, 2012)

El tercer principio, es de la garantía del proceso justo que impide a la autoridad actuar de forma “arbitraria o caprichosa”. Este principio genérico se aplica solamente en casos extremos de irregularidades administrativas, pero constituye una posibilidad residual sobre la cual se puede fundar el enjuiciamiento de la actividad administrativa por parte de los tribunales.

Señala Michele Taruffo con relación a las facultades de la revisión jurisdiccional administrativa que: Los jueces ejercen varias potestades: la de interpretar la Constitución y fundarse en sus propios precedentes; la de interpretar las leyes ordinarias utilizando una técnica análoga; la de aplicar su propia jurisprudencia; la de determinar a través de sus decisiones las normas jurídicas que deben aplicarse en materia nuevas no reguladas por la ley; y la de controlar la regularidad jurídica de los actos administrativos. Consideradas en su conjunto se trata de funciones de creación sustantiva del Derecho. (Círculo de Derecho Administrativo PUCP, 2012)

América Latina imitó este último procedimiento, y algunos países crearon la jurisdicción administrativa o Contencioso Administrativa, denominación tomada del sistema francés de tribunales administrativos, pero que poco tienen que ver con el sistema judicial propuesto en esta región.

Así, la posibilidad de “revisión judicial” de la actividad administrativa, cambia de paradigma, de un control de división de poderes con el fin de evitar la concentración del

mismo sobre la obediencia a la Ley, propio del Estado de Derecho del siglo XIX y principios del XX, al control constitucional de las decisiones administrativas para que en su afán de servir al poder político no se aleje del “trato” legislativo establecido. (Círculo de Derecho Administrativo PUCP, 2012)

En esta configuración, el control jurisdiccional de la administración ya no se limita sólo al control de legalidad del acto administrativo, sino que se orienta hacia el control del procedimiento administrativo, incluyendo la investigación, presentación, instrucción, juicio y revisión, en tanto, que la administración, siguiendo el criterio de empresa, optó por una virtualización integrada, ahorrando costos en la toma de decisiones, pero con el riesgo de la desviación en la toma de decisión o adjudicación administrativa debido al control de las reclamaciones, ordenando las quejas sólo las que considere meritorias e importantes, privilegiando el interés general sobre los reclamos individuales. (Círculo de Derecho Administrativo PUCP, 2012)

El proceso contencioso administrativo surge entonces para el control de la desviación de la autoridad administrativa, para la presentación de quejas como un examinador independiente, más alejado y menos influenciado por la política, y que tiene como fin, detectar cuándo la adjudicación administrativa se ha apartado del “trato legislativo” y por qué no del contrato social. Si bien, el proceso contencioso administrativo no ha terminado de sanear todos los errores de la administración pública ha habido evoluciones normativas de gran importancia, ya la mirada de la población no estaría enfocada en el mal proceder de la administración pública, sino en el poder que debe controlarla. (Círculo de Derecho Administrativo PUCP, 2012)

Esta nueva concepción del control jurisdiccional de la actuación administrativa sienta las bases para la creación de las herramientas procesales que conlleven a este fin, surgiendo la necesidad de las mismas que sirvan para el control de legalidad de los actos administrativos, para el control político de los mismos, y para la detección del error en la adjudicación de la administración con relación al reclamo individual.

Esta tesis va de la mano con el denominado neo institucionalismo económico, por el cual se reconoce “El derecho al debido proceso en el ‘Contencioso administrativo’”. A través de las agencias, gobiernos y organismos multilaterales que para alcanzar el crecimiento económico más eficiente, estable y equitativo, no es suficiente aplicar reformas al

mercado, diseñar políticas macroeconómicas adecuadas, tener buenos programas de inversión y financiamiento, contar con estructura básica, incorporar el desarrollo tecnológico e invertir en capital social. Además de buenas políticas en estos ámbitos, sería necesario contar con nuevas y más eficientes instituciones, para enfrentar los desafíos de los cambios estructurales, diseñar las nuevas políticas económicas, y encarar el entorno internacional más competitivo, subrayando la necesidad de un marco conceptual y de una perspectiva metodológica, por medio de la cual se analicen los aspectos económicos, políticos y sociales, para introducir el papel del Estado, el sistema político, la cultura y los valores el cual frente al análisis económico clásico, el neo institucionalismo económico ve en las instituciones, es decir, el Estado, la respuesta a las fallas del mercado revalorando así la presencia del Estado en este nuevo contexto social y económico, y en consecuencia justificando la existencia del sistema de tutela jurisdiccional que sea efectivo a cargo de este. (Círculo de Derecho Administrativo PUCP, 2012)

En este marco las normas juegan un papel muy importante, que regula la acción del Estado sobre las estructuras de los agentes de la economía y particularmente en el intercambio, siendo una intrincada red de normas en donde se involucran los poderes legislativos, judicial y ejecutivo que permite mantener el orden económico, derechos de propiedad, contratos organización de las empresas, instrumentos financieros, banca y moneda y en general todo tipo de operaciones de intercambio entre los agentes económicos. (Círculo de Derecho Administrativo PUCP, 2012)

El crecimiento de las economías de mercado ha devenido en una expansión de los centros urbanos, actividades comerciales, crecimiento demográfico y diversidad de la población, resultando una economía más compleja, generando cambios que hacen evolucionar el sistema legal que se acomode a las nuevas condiciones. Estos mercados particulares y las jurisdicciones específicas producen estructuras jurídicas también específicas o particulares, y por supuesto altamente especializadas como es el caso de la jurisdicción Administrativa o Contencioso-Administrativa.

El derecho a la tutela jurisdiccional consagrado en el artículo 139°, 3) de la Constitución Política del Perú constituye el eje fundamental de la nueva concepción del Proceso Contencioso Administrativo mediante la afirmación de este como un proceso jurisdiccional y mediante la superación del objeto Contencioso Administrativo de la

nulidad y revisión del acto administrativo al enjuiciamiento de la pretensiones de los particulares deducida en la relación con la Administración Pública, introduciendo la pretensión de plena jurisdicción para el reconocimiento o el restablecimiento del derecho lesionado.

Jesús Gonzales Pérez indica que “El derecho a la tutela jurisdiccional es el derecho de toda persona a que se le “haga justicia”; a que cuando pretenda algo de otra, esta pretensión sea atendida por un órgano jurisdiccional, a través de un proceso con unas garantías mínimas” Emanada de esta definición que el derecho a la tutela jurisdiccional, para llegar a ser efectiva implica una gradualidad que a su vez es el contenido de distintas garantías, que se originan y desarrollan “en” y “a través” del proceso en sus distintas etapas. En la proyección de este derecho sobre la actividad jurisdiccional se ha sostenido que el derecho a la tutela jurisdiccional tiene un contenido complejo que incluye, entre otros, la libertad de acceso a los jueces y tribunales, el derecho a obtener un fallo y “a que el fallo se cumpla”.

Podemos decir que a través del proceso contencioso administrativo el juez va a realizar el control difuso de las actuaciones y omisiones administrativas, con mayor razón de los actos administrativos. Es la habilitación que tiene el administrado de acudir al poder judicial para la búsqueda de la tutela que se le negó en la administración pública y que no pudo ser resuelta por esta última a través de la autocomposición.

En los casos de los intereses que se tutelan en el proceso contencioso administrativo, se debe conocer que en doctrina no implicaría tutela en el poder judicial, en este caso el interés legítimo implica una situación de ventaja del administrado, en la cual el administrado solicita que la administración pública le conceda algo y la administración pública está facultada a dar ese algo, es decir no está obligada al administrado.

Pero existen situaciones jurídicas donde no existe un derecho, pero si existe un interés legítimo, por ejemplo la participación para un nombramiento o ingresar a la administración pública, la existencia de la plaza no es un derecho, pero si existe un interés a que esa plaza le sea adjudicada y este interés en caso de no ser observado, ameritaría una tutela judicial efectiva por parte del juez, quien debe velar por los intereses de los administrados.

Existe por excepción un proceso contencioso administrativo llamado de lesividad, en la cual es la administración pública la que demanda a un administrado por la nulidad de un acto administrativo. (Círculo de Derecho Administrativo PUCP, 2012)

En resumen como actuaciones impugnables tenemos las declaraciones administrativas, las omisiones administrativas, actuaciones materiales, pero no todas las actuaciones materiales son materia de impugnación en el proceso contencioso administrativo, sino solo las que no son sustentadas en un acto administrativo y aquellas actuaciones materiales que afectan principios del debido procedimiento en la ejecución de un acto administrativo, otras actuaciones impugnables serían las actuaciones u omisiones respecto a la validez de los contratos administrativos que celebra la administración pública cuando no se haya establecido como cláusula el recurrir a un proceso arbitral, de lo contrario si se recurre al proceso arbitral y ya no se puede recurrir al proceso judicial contencioso administrativo, la última pretensión impugnables son las actuaciones administrativas sobre el personal dependiente, es decir actuaciones administrativas que afectan a los empleados del Estado. (Círculo de Derecho Administrativo PUCP, 2012)

Si bien en el Perú los derechos sociales o fundamentales no tienen exigibilidad inmediata porque requieren de un desarrollo normativo y este desarrollo normativo está condicionado a disponibilidad presupuestaria, para que de esta manera este desarrollo sea viable. Entonces los derechos sociales requieren de una implementación progresiva cuyo avance depende de los poderes políticos, esto es del Poder Ejecutivo y el Poder Legislativo, pero sin que esta tarea sea ajena a la labor jurisdiccional porque se hace un control de la administración.

Esta falta de exigibilidad de los derechos sociales podría tener sustento en el desconocimiento del contenido social de los derechos sociales, en el sentido de que históricamente primero cuando se desarrolla el constitucionalismo aparecieron los derechos de Primera Generación como la libertad, posteriormente aparecieron los derechos de Segunda Generación o Derechos Sociales, hasta hablar incluso de los derechos de Cuarta Generación, entonces se cree que estos derechos sociales fundamentales que han aparecido históricamente en un segundo plano, se cree que esos derechos no son exigibles o por lo menos no lo son de la misma manera que los derechos

civiles y políticos, no obstante este carácter de inexigibles o de vigencia de manera inmediata como los derechos civiles, existe una dicotomía en casi todas las democracias del mundo porque hay un pleno reconocimiento de estos derechos sociales.

Tenemos por ejemplo que en nuestra Constitución Política del Perú de 1993 se reconocen estos derechos a partir del artículo cuarto, en la Constitución del Ecuador se han desarrollado además de los derechos a la educación, al trabajo se habla del derecho del buen vivir y reconocen el derecho al agua.

Lo que tenemos en común con los gobiernos democráticos es que todos alzan la voz para defender estos derechos pero a la hora de protegerlos enmudecen, dependiendo del mayor o menor nivel económico del país.

Tendiendo claro que el proceso contencioso administrativo también sirve para tutela derechos fundamentales en la vía ordinaria puede desarrollar herramientas procesales que se han desarrollado en la vía constitucional, a la vez decimos que tenemos como herramienta material la prohibición de retroceso de derechos sociales, ya que estos siempre van en aumento y nunca en retroceso, también podría ser materia de tutela dentro del contencioso administrativo.

Podemos hablar por lo tanto de un justiciabilidad de los derechos sociales, decir que los derechos sociales no son justiciables significa generar una diferencia de clases según María Oxín entre los derechos civiles y políticos y los derechos económicos, sociales y culturales, siendo esto un contrasentido. Es decir si quitamos este carácter de justiciabilidad sería arbitrario e incompatible con el principio de indivisibilidad e interdependencia de los derechos humanos, como sabemos los derechos humanos se interrelacionan, por poner un ejemplo sería impensable que el derecho al voto que es un derecho civil y político, por lo tanto tiene exigibilidad inmediata, resulta ilógico pensar que no requiera una actividad por parte del Estado, ese derecho al voto será mejor ejercido si el ciudadano viene informado, si se le prestan las condiciones para que pueda ejercerlo.

Según Luigi Ferrayoli esta debilidad política que se le asigna los derechos sociales es fruto de la debilidad teórica pues gran parte de la cultura politóloga no considera que se trate de derechos, los argumentos son casi siempre los mismos, que a estos derechos les corresponden antes de prohibiciones de lesión, obligaciones de prestación positiva cuya

satisfacción no consiste en un no hacer si no en un hacer que no resultaría coercibles ni justiciables.

Pero esta tradicional diferencia entre los derechos civiles y políticos como aquellos en que se privilegia la libertad y que implican una mera abstención del Estado, en aras de garantizar esa libertad y que en consecuencia lo hacen ejecutable por sí y los derechos sociales entendidos como aquellos que implica una actividad del estado de manera progresiva no son diferentes, todos los derechos generan gastos.

En el Sistema Interamericano de Derechos Humanos un hito muy importante lo constituye el caso “Lagos del Campo Vs Perú” , en esta sentencia ya la Corte Interamericana de Derechos Humanos, realiza un análisis y una interpretación evolutiva del artículo 26 de la Convención Americana de Derechos Humanos, en donde los estados parte se comprometen a tutelar los derechos sociales y velar por su implementación progresivamente en la medida de sus posibilidades , en esta sentencia la Corte ya da paso hacia la justiciabilidad plena de los derechos sociales y los garantiza, cuestionándose la estabilidad laboral de un trabajador. (Círculo de Derecho Administrativo PUCP, 2012)

A nivel jurisprudencial en Perú existen muchos pronunciamientos respecto a la exigibilidad de los derechos sociales, señalando que estos derechos si bien se implementan de manera progresiva no quiere decir que no deban tener fecha de cobertura, atendiendo a la gravedad de las circunstancias.

La legalidad presupuestaria no es un obstáculo para el resguardo de los derechos sociales, ya que la legalidad presupuestaria es un instrumento y no un fin en sí mismo, en función de la persona humana, de la dignidad de la persona humana.

Los derechos civiles y políticos también demandan prestaciones.

En el proceso contencioso administrativo como ya lo he mencionado también se cuestiona la inactividad administrativa, porque también se genera un perjuicio a los administrados, toda vez que el funcionario está obligado a responder ante la inactividad formal, por permanecer en un estado de silencio al infinitum y no sea infinita también esa afectación.

La diferencia entre la pretensión en un proceso de cumplimiento y la pretensión en un proceso contencioso administrativo, ante esta inactividad por parte del estado viene dado por su carácter residual es decir que para que se ventile un proceso constitucional deben cumplirse los requisitos establecidos en el precedente vinculante “Caso Valverde”, ante los demás supuestos la vía ordinaria vendría a ser proceso contencioso administrativo.

El proceso contencioso administrativo entendido como un verdadero proceso subjetivo, no solo destinado a cuestionar la validez de los actos de administración pública sino también se puede obtener una condena a la administración de hacer o no hacer, es decir hay ya un carácter tuitivo, porque la administración pública está obligada a hacer por un mandato legal. Pudiendo añadir que los jueces en lo contencioso administrativo.

Hay una tendencia en el fuero jurisdiccional de introducir el “Estado de Cosas Inconstitucionales” que tiene por finalidad cesar con la violación masiva de derechos fundamentales de diversas personas, producto de las fallas estructurales de entidades estatales, a fin de evitar que estos incumplimientos masivos y reiterados por parte del Estado, persistan respecto de una pluralidad de personas , no a obstante recaer sobre derechos fundamentales, poniendo en tela de juicio su vigencia, y además de esta manera se daría una respuesta justa a todos los afectados que se encuentren en situaciones similares y no solo en aquellos que tienen la oportunidad de acceder a la justicia. (Círculo de Derecho Administrativo PUCP, 2012)

Las consecuencias serían que se ordene a las entidades que se implementen las medidas y reformas necesarias para solucionar dicho estado, es decir se toma una decisión más garantista y va más allá porque estas fallas se pueden replicar en otros sitios o en otras personas, es por decirlo así estamos creando o contribuyendo con el desarrollo de políticas públicas.

Esta tendencia tiene por finalidad de que se extienda más allá de los afectados, ya que se trata de una afectación constante y reiterada y además contraviene la Constitución. Por eso se trata de revertir esa situación de inconstitucionalidad y por eso comprende a varios sujetos dentro de una misma sentencia.

Habíamos hablado de una herramienta procesal y una herramienta de contenido material, esta herramienta de contenido procesal que es el estado de cosas constitucionales bastante discutibles porque su empleo es reciente y otra herramienta materiales el principio de no

regresividad, que es la obligación que tiene los estados de no retroceder en los derechos sociales ya alcanzados, por ejemplo el suelo mínimo vital ya no se podría retroceder y trata de establecer una remuneración por debajo de ese salario.

Se limita al legislativo que no se regule por debajo del mínimo establecido y al ejecutivo que no puede actuar por debajo de este límite.

Es una garantía de carácter sustantivo que busca proteger el contenido de los derechos vigentes al momento de la adopción de la obligación internacional y el nivel de goce alcanzado cada vez que el Estado haya producido una mejora, no es solo que el Estado no retroceda sino que tiene el deber de proteger y avanzar en la tutela de derechos sociales. El fundamento de esta prohibición en materia de derechos sociales, descansa en la seguridad jurídica de los avances y logros de las conquistas en material social y en el contenido material del Estado Social que es el de la satisfacción de todo ser humano de ciertas necesidades, consideradas básicas a la luz de la noción de dignidad humana y de desarrollo de la sociedad. (Círculo de Derecho Administrativo PUCP, 2012)

Estas dos herramientas pueden ser empleadas dentro del proceso contencioso administrativo para tutelar los derechos sociales que se ventilen en esos fueron, sin caer en un activismo judicial e imprudente que genere una banca rota fiscal sino ejercido mesuradamente sin invadir las competencias propias del Poder Legislativo y Poder Ejecutivo, sin tolerar una inercia, desidia de parte de la administración pública, basándonos en el artículo tres de la Constitución Política del Perú, que habla de la dignidad humana, de la forma democrática de gobierno.

Podemos concluir que tanto los derechos económicos, sociales y culturales, son derechos fundamentales, que tienen unidad conceptual que se fundamenta en la dignidad humana y que se interrelacionan entre sí, tal es así que la eficacia de los derechos civiles y políticos se asienta en una exigencia mínima de los derechos sociales.

Que el término Generación de derechos humanos u otras formas equivalentes como derechos de primera o segunda generación, no afecta su naturaleza, no hay derechos exentos del carácter de justiciabilidad.

Aceptando la naturaleza jurídica y no solo política de los derechos sociales, partimos por señalar que si tiene el carácter de exigibles y en consecuencia deben contar con

mecanismos eficaces para exigir su cumplimiento ante una inactividad material ya sea en la vía constitucional del proceso de cumplimiento o en la vía ordinaria de la pretensión de cumplimiento del proceso contencioso administrativo, para lo cual los jueces en lo contencioso administrativo se encuentran válidamente acreditados para aplicar las herramientas de Estado de cosas inconstitucional y de la prohibición de la regresividad de los derechos sociales con el fin de evitar que los vicios estructurales de las entidades de la administración pública sigan vulnerando los derechos sociales fundamentales. (Círculo de Derecho Administrativo PUCP, 2012)

El orden público solo se produce cuando hay un marco legal previsible un marco legal conocido, sabiendo cuales son los derechos cuales son los procedimientos y cuáles son los alcances de una sentencia. El derecho administrativo es el que tiene más casos pendientes en el Poder Judicial. Las sentencias son las que manejan el orden en la sociedad, evitando que las personas hagan justicia por su propia mano. Es tiempo de entender que más importante que dictar leyes administrativas, es darnos cuenta por que estas no funcionan.

El objeto del proceso contencioso administrativo es la pretensión procesal, pero una pretensión procesal basada en derecho administrativo. (Círculo de Derecho Administrativo PUCP, 2012)

El proceso contencioso administrativo no es universal, con respecto a la Acción de Amparo. El proceso contencioso administrativo solamente controla las acciones u omisiones de la administración pública sujetas a derecho administrativo. Si la administración pública actúa (excepcionalmente) sujeta a otro orden jurídico (civil, comercial, laboral) deberá actuar conforme a las reglas procesales de tales órdenes.

La actuación impugnada delimita el objeto del proceso contencioso administrativo. La pretensión procesal administrativa se deduce frente al juez solicitando la tutela jurisdiccional debido a la afectación causada en sus derechos o intereses por una actuación de la administración pública (actuación u omisión sujetas a las reglas del derecho administrativo).

La pretensión es la declaración de voluntad por la que se solicita una actuación de un órgano jurisdiccional frente a persona determinada o distinta al autor de la declaración mediante resolución del conflicto. (Círculo de Derecho Administrativo PUCP, 2012)

En la pretensión siempre existirá el objeto y la razón. Se debe distinguir los conceptos de acción, pretensión y demanda.

“La pretensión exterioriza el derecho de acción que es preexistente y le sirve de sustento como derecho cívico fundamental para poner en marcha la actividad jurisdiccional del Estado. La demanda es meramente un acto de iniciación del proceso “” EL PRIUS CRONOLÓGICO” en cambio la pretensión procesal es el acto fundamental del proceso EL PRIUS LÓGICO. Así lo define Pablo Perrino” (Círculo de Derecho Administrativo PUCP, 2012).

2.25. Precedentes Vinculantes. -

1. **Argumento Ad Exemplo:** El ejemplo permite conocer como ha sido interpretado el derecho.
2. **Argumento de Subsidiariedad:** Para los órganos jurisdiccionales.
3. **Argumento de justicia formal:** Resolver los casos de manera uniforme, bajo el principio de igualdad donde bajo una misma razón, hay un mismo derecho.
4. **Argumento de coherencia:** Debe ser modelo para la solución de casos de un mismo contenido jurídico.

Tribunal Constitucional:

El Tribunal Constitucional indica en el Código Procesal Constitucional.

VI. Principios Constitucionales

“(…) Los jueces interpretan y aplican las leyes o toda norma con rango de ley y los reglamentos, según los preceptos y principios constitucionales conforme a la interpretación de los mismos que resulte de las resoluciones dictadas por el Tribunal Constitucional” (Código Procesal Constitucional).

VII. Precedente Vinculante

“Las sentencias del Tribunal Constitucional que adquieren la autoridad de cosa juzgada, constituyen precedente vinculante cuando así lo exprese la sentencia, precisando el extremo de su efecto normativo. Cuando el Tribunal Constitucional resuelva apartándose del precedente, debe precisar los fundamentos de hecho y de derecho que sustentan la sentencia y las razones por las cuales se aparta del precedente” (Código Procesal Constitucional)

Casos en los que debe emitirse precedentes vinculantes:

- **Similitud de controversias jurídicas:** Cuando existen numerosas causas sobre una misma materia, apreciándose que existe una constante interpretación o aplicación errónea de determinadas normas jurídicas.
- **Vacío normativo:** Cuando se compruebe la carencia de normas legales y esta tiene que ser cubierta por la vía jurisprudencial.
- **Cuando se tenga que cambiar el precedente:** Siendo que el transcurso del tiempo puede dejar en obsolencia el precedente y su cambio se produce por otro precedente.

2.26. Tutela jurisdiccional de primer grado o garantía de acceso a la jurisdicción.

“Que comprende el acceso a la jurisdicción, y en el cual se respeten el principio del juez natural, el principio de legalidad y se den las condiciones materiales para poder tener un acceso real a este derecho; evitando situaciones de desviación de jurisdicción y condiciones artificiales que limiten el ejercicio del derecho de acción”, (Círculo de Derecho Administrativo PUCP, 2012).

2.27. Tutela jurisdiccional de segundo grado o garantía de un proceso justo. -

“Que comprende el derecho a un proceso justo, en equilibrio y debido, en el cual se debe validar el principio del contradictorio, de dualidad de posiciones y de igualdad

de partes en el desarrollo de todo el proceso; así como la imparcialidad y se verifique el ejercicio del derecho de defensa, asistencia de abogado y la actuación con desinterés objetivo de la función jurisdiccional”, (Círculo de Derecho Administrativo PUCP, 2012).

2.28. Tutela jurisdiccional de tercer grado o garantía a una respuesta cualitativa;

“Que comprende el derecho a obtener una respuesta que resuelva el conflicto, es decir, que responda al principio de congruencia con el objeto del proceso y evitar situaciones de incongruencia, respuesta que debe ser en un plazo razonable y oportuna, que sea calificada, manifestada en la calidad de la motivación y de los fundamentos jurídicos basados en derecho, a efectos de evitar situaciones de arbitrariedad”, (Círculo de Derecho Administrativo PUCP, 2012).

2.29. Tutela jurisdiccional de cuarto grado o susceptible de eficacia. -

La cual llamaría también de eficacia procesal, que exige que esta respuesta que otorga el órgano jurisdiccional sea susceptible de ser ejecutada, a través de la actuación irrevocable del derecho y previendo los mecanismos para asegurar o prever la conservación de los efectos de la sentencia, así como establecer los mecanismos necesarios para el desarrollo de la actividad jurisdiccional para hacer cumplir lo decidido.

El grado determina la efectividad del derecho y este en su conjunto es elevado al rango de derecho constitucional y, en consecuencia, genera en el Estado una doble obligación por un lado una protección especial a través de las garantías constitucionales cuando se percibe una lesión en cualquiera de esos grados y en otro extremo, crea la obligación para el Estado, a través del actuar de sus distintos órganos, para la promoción y protección del ejercicio de este derecho a través del proceso en oposición a formas restrictivas a él. Para la lograr la efectividad, este derecho tiene como soporte un sustento teórico definido por la conjunción del principio “pro actione” (a favor del ejercicio del derecho de acción), sustentado en el “antiformalismo”, concepto que a su vez está conformado por diversos sub principios como la proporcionalidad de la sanción, gradualidad, subsanación, estabilidad conservación del acto procesal, interpretación más favorable para el ejercicio de acción y la buena fe del litigante, que conjuntamente con el “principio de

razonabilidad”, y “la obligación del Estado de promover y proteger este derecho”, orientan al juzgador que ante la presencia de dudas en la forma prescrita para el acto procesal y la finalidad de este, no se debería impedir o restringir el ejercicio del derecho de acción, o en todo caso aplicar sanciones graduales o racionales favoreciendo siempre el ejercicio del derecho del acción a través del proceso.

Así, “si el deber del legislador de establecer un procedimiento idóneo se considera incumplido en un determinado caso concreto, el juez, a pesar de esto, obviamente no pierde su deber de prestar la tutela jurisdiccional efectiva. Por tal razón, el juez tiene el deber de interpretar la legislación a la luz del derecho fundamental a la tutela jurisdiccional, estando obligado a extraer de la regla procesal, siempre con la finalidad de efectivamente tutelar los derechos, su máxima potencialidad, en tanto - y esto no precisaría ser dicho - no sea violado el derecho de defensa”.

Siendo el “derecho” la regulación de las relaciones de los ciudadanos con el Estado, la “tutela” es el instrumento para hacer efectivos los derechos reconocidos a los ciudadanos y salvaguardar las infracciones jurídicas, y la “eficacia” la obtención de una respuesta cierta y fundada en derecho con plenas consecuencias jurídicas. El adjetivo “efectiva” agrega al concepto de “tutela jurisdiccional”, que esta se debe dar en un plano material y pueda desarrollar todos sus efectos, y en consecuencia, estar en posibilidad de modificar la realidad.

En todo caso el término “efectividad” que se le añade al concepto de tutela jurisdiccional invoca y se dirige más hacia el resultado que consiste en que la tutela jurisdiccional debe adecuarse al derecho material para llegar a la plena realización de la justicia del caso sobre la base de un “proceso justo”. Los distintos grados de eficacia de la tutela jurisdiccional generan distintas manifestaciones de esta ya sea una tutela cognitiva, cuando la función de la tutela jurisdiccional es emitir una declaración de certeza ante una situación de incertidumbre jurídica inicial provocada por el ejercicio del derecho de acción y luego de culminado todo el proceso, ya sea esta de un contenido declarativo, constitutivo o de condena, ó de una tutela ejecutiva, cuando la tutela jurisdiccional tiene como fin ejecutar los efectos de un título judicial o extrajudicial, y una tutela cautelar, cuando esta tiene como fin asegurar o conservar los efectos de un título, siendo de carácter instrumental y provisoria a una tutela cognitiva.

Esta clasificación de la formas de la tutela jurisdiccional giran en torno al concepto de “título” (entendiendo a este como la sentencia o declaración de certeza) sobre la base del principio “nullun executio sine título” (no hay ejecución sin título), para lo cual para que haya posibilidad de ejecución y modificar la realidad será necesaria la existencia del “título”, ya que en principio la tutela cognitiva busca la generación de este “título”, la tutela ejecutiva busca que el título tenga efectos y modifique la realidad, y la tutela cautelar tiene como supuesto asegurar o conservar los efectos de este título.

Se debe hacer referencia al “título” como producto de la actividad administrativa con relación a una solicitud que está encaminada a su formación o declaración destinada a producir efectos jurídicos sobre los intereses, derechos u obligaciones de los administrados dentro de una situación jurídica concreta, luego el acto administrativo se convierte en el documento y el acto subyacente al documento que otorga ciertos privilegios a quien lo posee a quien se le ha reconocido como titular. Para llegar a la formación de este “título” se desarrolla el procedimiento administrativo de carácter evaluador o de evaluación previa, que son aquellos en los cuales la administración dispone de un plazo para realizar una evaluación y análisis de legalidad y razonabilidad de lo solicitado por el administrado, en el marco de un procedimiento administrativo que debe concluir “normalmente” con la emisión de una declaración de voluntad administrativa que se pronuncia respecto a la solicitud planteada. Se menciona que “normalmente” en la medida que si el plazo vence sin que la administración haya brindado una respuesta expresa al administrado con relación a su petición, el ordenamiento reconoce el “silencio administrativo” como el aparente remedio frente a la pasividad administrativa dentro de un procedimiento. Dependiendo, si la administración no actúa emitiendo una declaración expresa con relación a la solicitud del administrado, el silencio podrá ser “positivo”, “con lo cual se presume la existencia de un pronunciamiento favorable a las solicitudes del administrado, tal como si existiera un acto administrativo expreso a favor del administrado, con lo cual la administración no puede negarse a conceder efectivamente a lo solicitado por el administrado.

Luego, “el silencio administrativo positivo a diferencia del silencio administrativo negativo si constituye un verdadero acto presunto, y en consecuencia tiene los mismos

efectos y opera de la misma forma que los actos emitidos por la Administración. Por este motivo la administración no puede, una vez vencido el plazo para resolver, pronunciarse de forma expresa en sentido contrario, es decir de forma negativa.

La administración no podrá tampoco retirar el acto presunto del mundo jurídico si no es por la vía legalmente prevista para tal efecto”

El artículo 33° de la Ley N° 27444, Ley del Procedimiento Administrativo General, establece los casos en que deben clasificarse los procedimientos como de evaluación previa por la administración sujetos al silencio positivo, respecto de los cuales en caso la entidad competente no resuelva dentro de los plazos fijados por la ley se entiende aprobado tácitamente lo solicitado por el interesado. “Al respecto es importante considerar que conforme al diseño de la ley la mayor parte de los procedimientos administrativos deberán ser clasificados como de evaluación previa con silencio positivo, por cuanto solo escapan de dicha categoría los que expresamente han sido clasificados por el citado numeral 4 del artículo 31 como procedimientos de aprobación automática o que han sido taxativamente considerados por el artículo 34 o como procedimientos de evaluación previa con silencio negativo””, (Círculo de Derecho Administrativo PUCP, 2012).

2.30. Tutela Diferenciada y Jurisdicción Contenciosa Administrativa. -

Sin embargo, el derecho a la tutela jurisdiccional efectiva, no se agota en dichas manifestaciones, y actualmente se habla de una tutela diferenciada, que se manifiesta en una tutela “urgente” o “anticipada”, en la cual el objeto de la tutela judicial no es el ejercicio de la actividad jurisdiccional para la obtención, ejecución o conservación de un título, sino que se relaciona directamente con el derecho material lesionado y que exige una respuesta inmediata del órgano jurisdiccional para inhibir o prevenir un mayor daño.

Se debe entender que este tipo de tutela “diferenciada” debe ser excepcional, y restringida sólo para derechos de carácter infungible, que no admiten una prestación sustituta como la indemnización, dado que la sola violación del referido derecho material, en virtud de su naturaleza, implica su inexistencia por lo que el órgano jurisdiccional debe restituir su inmediata vigencia, muchas veces suspendiendo, limitando o prescindiendo de principios básicos del proceso como el contradictorio,

dualidad de posiciones, pluralidad de parte, derecho de defensa, así “La tutela del derecho es consecuencia de la existencia del propio derecho. No es suficiente que el ordenamiento jurídico afirme un derecho, es imprescindible conferirle tutela o protección. Sin embargo, un ordenamiento jurídico caracterizado por la prohibición de autotutela ciertamente debe propiciar una tutela jurisdiccional adecuada a los derechos.

El surgimiento de nuevas situaciones jurídicas, la inexistencia de técnicas procesales idóneas para la prestación de la tutela inhibitoria y de remoción del ilícito y de la morosidad del procedimiento común de conocimiento además del uso distorsionado de la tutela cautelar, son el sustento de la tutela urgente y anticipatoria. La transformación de la sociedad y el Estado hizo surgir nuevas situaciones sustanciales carentes de tutela.

El Estado Constitucional, al afirmar los derechos fundamentales, frecuentemente toma en cuenta derechos de contenido no patrimonial o predominantemente no patrimonial exigiendo su protección a través de normas de protección y de tutelas jurisdiccionales dirigidas a impedir su violación y a viabilizar la remoción de los efectos concretos derivados de su agresión. Se debe pensar, en los derechos al medio ambiente o del consumidor, sin mencionar otras situaciones jurídicas, de carácter individual y patrimonial, que tampoco pueden dispensar la tutela inhibitoria y de remoción del ilícito para su efectiva protección.

Abriéndose de esta manera el espacio para la tutela diferenciada o específica, la cual es una tutela del derecho material y se preocupa de la protección de la integridad del derecho. Este tipo de tutela se contrapone a la tutela declarativa resarcitoria.

La tutela diferenciada no se conforma con la transformación del derecho en una prestación equivalente a través de la indemnización, sino que constituye una tutela que con diversas formas da una protección inmediata al derecho a través de la i) inhibición de la ocurrencia del ilícito; ii) la remoción de los efectos concretos del acto ilícito; iii) reparación del daño en forma específica o la solicitud de la garantía necesaria; o iv) el cumplimiento específico de la prestación incumplida o cumplida de modo imperfecto. Tutela que no es de carácter instrumental a una tutela cognitiva, ni provisional, sino de carácter definitivo y autónomo con relación a los objetos

concretos que persigue, que es la tutela inmediata del derecho material. En esta tutela diferenciada se da el efecto de “sumarización material” o “vertical” con relación a la concentración del objeto del proceso, en contraposición a una “sumarización formal” u “horizontal” que tiene relación con la concentración de actos procesales y de los plazos, propia de los procedimientos cognitivos especiales, en tanto, que la actividad jurisdiccional no está dirigida a la obtención del “título”, sino a la remoción o prevención del ilícito que impide el libre ejercicio del derecho lesionado o amenazado; por lo que la técnica procesal adecuada no es la herramienta clásica de tutela cognitiva, sino un mecanismo adecuado para que “en función de las circunstancias del caso, a dar satisfacción a una necesidad que exige una expeditiva y desembarazada respuesta jurisdiccional.

Se debe tener en cuenta que esta tutela de tipo específica está dirigida para la protección de derechos de carácter “infungibles” y “no intercambiables” y de contenido no patrimonial, es decir, que no sean susceptibles de cumplimiento a través de una prestación equivalente como es la indemnización, entendiendo por ello que está destinada a la protección de los derechos fundamentales. No se trata de una tutela residual, ni opcional, sino de un mecanismo especial y específico propio del desarrollo de la concepción de los derechos fundamentales. Finalmente se debe precisar, como afirma Sergio Chiarloni, la vinculación entre la ideología de la “ordinariedad” con las exigencias de los grupos dominantes, mientras que las formas abreviadas y sumarias de los procedimientos atienden a las aspiraciones de los estratos sociales en lucha por la participación en el poder, “como ejemplos para confirmar este modo de ver las cosas, recordamos por un lado la sumarización del proceso del bajo Medioevo a través de la creación de tipos nuevos y especiales por materias comerciales y, del otro, la nueva disciplina del proceso del trabajo apenas aprobada por el parlamento italiano gracias a las presiones y a las exigencias de reforma de la clases trabajadora y sus organizaciones.

En el mismo sentido, Cappelletti indica que “el procedimiento ordinario corresponde a las preferencias ideológicas y a las exigencias materiales de los grupos ya firmemente consolidados en el poder”, mientras que los procedimientos especiales más “simples, accesibles, rápidos, económicos, sustraídos de las cavilaciones y maniobras fatigosas” corresponden a las exigencias de “estratos sociales o grupos de

presión relativamente nuevos, pero lo suficientemente aguerridos como para estar en posibilidad de imponer su propia voluntad a nivel tanto del derecho sustancial como del derecho judicial.

Luego, el proceso cognitivo declarativo nació a consecuencia de una situación de liberalidad y a fin de proteger los intereses de una clase específica en sus relaciones comerciales, en sentido contrario, la tutela diferenciada nace a consecuencia de la nueva ideología de los derechos fundamentales y su posterior constitucionalización. En esta nueva era, un nuevo concepto legitima la autoridad que son los derechos humanos, esta ideología sirve para justificar y estabilizar a los grupos políticos que se encuentren en el poder o para quienes quieren alcanzar el poder, “el concepto de “derechos humanos” es un concepto político y no técnico, y no puede ser otra cosa. Y como tal concepto está en función de la lucha política: sirve o puede servir para intentar transformar la realidad o para intentar conservarla” frente a la transformación de la sociedad que viene exigiendo un nuevo orden social, económico, jurídico y político, “en este proceso, los derechos humanos han sido transformados, de un discurso de la rebelión y del disenso, en uno de plena legitimación estatal”.

Es así que la Ley que regula el proceso contencioso administrativo, dentro del marco del derecho a la tutela jurisdiccional, presenta dos vías procedimentales establecidas en los artículos 26° y 28° de la referida ley, indicándose el primero de los mencionados como “proceso urgente” y de aplicación para las pretensiones señaladas en el mismo artículo en sus incisos 1, 2 y 3 que se refieren al cese de cualquier acto material que no se sustente en acto administrativo, el cumplimiento de la administración de una determinada actuación a la que se encuentre obligado por mandato de la ley o en virtud de un acto administrativo firme, o las relativas a materia previsional en cuanto se refiera al contenido esencial del derecho a la pensión, y siendo del ámbito del “proceso especial”, indicado en el artículo 28° de la mencionada ley, las pretensiones contenidas en los incisos 1 al 5 del artículo 5° y que se refieren a la clásica pretensión de nulidad y revisión del acto administrativo, a las que añaden las pretensiones de plena jurisdicción o restitución y reconocimiento de derechos.

Señala Ortell Ramos que técnica y teóricamente el proceso de declaración podría estar sometido por ley a una tramitación procedimental única cualquiera que fuera su objeto. Una única regulación de los actos procesales y de la relación de los mismos

entre sí formando la serie procedimental, podría servir para la tramitación de cualquier proceso.

El derecho material y el derecho procesal, este último en cuanto a las normas que regulan las formas de tutela jurisdiccional y las facultades del juez y de las partes, podrían introducir diferencias en el contenido y efecto de los actos procesales. La tutela jurisdiccional es un derecho, y el proceso solo es el instrumento para acceder a ella dejando de ser el fin o “telos” del sistema procesal, en consecuencia, debe ser adaptable y adecuado al tipo de tutela que se solicita de acuerdo a las nuevas realidades y expectativas sociales, y no encasillarse en el marco de los procesos cognitivos clásicos. Como ejemplo de una adecuada respuesta legislativa ha sido el Decreto Supremo N° 018- 93-JUS, TUO de la Ley N° 27584, Ley del Proceso Contencioso Administrativo, en donde toda la actividad declarativa se desarrollaría a través del proceso especial, mientras que toda actividad jurisdiccional que por su naturaleza necesite de una actuación inmediata se desarrolla a través del proceso urgente, dejando de lado las categorías de procesos de conocimiento, plenarios rápidos y sumarios que en la práctica cumplen la misma función y que derivan de un contexto político, económico y social distinto al presente correspondiente al siglo pasado, debiendo en su lugar prever un mecanismo rápido y único que sea capaz de absorber la gran demanda social de tutela jurisdiccional que el mercado de derecho está produciendo y que no es capaz de tutelar. Contradictoriamente, en el aspecto procesal civil en nuestro sistema tenemos tres especies (proceso de conocimiento, abreviado, sumarísimo) que corresponde al mismo género, (procesos declarativos) que al tener la misma estructura, cumplir la misma función y con los mismos efectos, ha tenido como consecuencia que la formalidad del proceso plenario o de conocimiento terminó por “devorar” a los plenarios rápidos (abreviados) y sumarios, que al tener la misma característica absorben la misma cantidad de tiempo.

Ello significa un fracaso de la legislación y en consecuencia de la actividad jurisdiccional en donde el mecanismo proceso no funciona para la optimización de los recursos del sistema de tutela jurisdiccional la cual resulta ineficiente, dentro del sistema activista de nuestro proceso. Por ello, la solución no es abreviar más los procesos, o generar más procesos especiales, que como ya se ha mencionado, sólo

responden a una respuesta de tipo político procesal, coyuntural y contextual, resultando en la ineficiencia del mismo y el mal uso de los recursos.

De otro lado, la concentración exagerada del proceso puede llevar a la violación de garantías o principios básicos del mismo como el derecho de defensa, el principio de contradictorio entre otros, así mismo, el adelanto de una jurisdicción plena ante la sola afirmación, subvenciona costos por parte del Estado y resulta un producto muy barato, por lo cual el mercado del sistema de tutela jurisdiccional se satura y desborda, y la forma procesal especial se convierte en regla general, como ya sucedió con la “amparización” del sistema judicial en la década pasada o el caso de las “medidas autosatisfactivas anticipadas”, problema actual en donde se obtiene plena jurisdicción con la sola afirmación.

Es por ello, que el “proceso urgente” Contencioso Administrativo no se debe entender como una forma abreviada o rápida de un proceso declarativo, sino como una real manifestación de una tutela específica (diferenciada o urgente) de acuerdo a ciertos presupuestos, sino corre el mismo riesgo del sistema procesal civil de ser absorbido por la estructura formal del proceso declarativo y resultar ineficiente es desmedro de una tutela jurisdiccional que sea “efectiva” de cara a este tiempo de consagración de los derechos humanos, en el cual se puede decir que tenemos derecho a todo, sin embargo, la decepción es grande cuando solicitamos su protección jurisdiccional y no existe un mecanismo adecuado, creando frustración en la sociedad y la falta de legitimidad y creencia en el sistema. (Círculo de Derecho Administrativo PUCP, 2012)

2.31. La estructura del proceso urgente: ¿proceso declarativo sumario o tutela diferenciada?

“a. El proceso abreviado como única vía procedimental para el proceso Contencioso Administrativo El Código Procesal Civil de 1993, fue la primera norma en regular el proceso contencioso administrativo como tal y estableció como única vía procedimental al proceso abreviado para la pretensión de impugnación de acto administrativo contra acto o resolución de la administración a fin de que se declare su validez o ineficacia.

Dicho artículo no se encontraba establecido en el artículo 491° del Proyecto, sino que fue introducido posteriormente en el artículo 486°, inciso 6) del Decreto Legislativo N° 76844. En igual sentido, la pretensión de ineficacia o invalidez de acto o resolución administrativa del artículo 540° del Código Procesal Civil no se encontraba contemplada en el proyecto, y fue añadido a través del Decreto Legislativo N° 768, y modificado por fe de erratas del Decreto Ley N° 25940 que modificó el término “pretensión contenciosa administrativa” por “demanda contenciosa administrativa” que fue tal como finalmente quedo, y que posteriormente fuera derogado por el artículo 1° de la Ley N° 27584, Ley del Proceso Contencioso Administrativo, publicada en el Peruano el 07 de diciembre de 2001.

En esta breve introducción se debe resaltar que este “olvido” o falta primaria de regulación del Proceso Contencioso-Administrativo en el Código Procesal Civil respondía a que ya existía mandato constitucional para una regulación específica y orgánica para esta materia, que data de la Constitución Política del 1979 y que acabara por ser introducida escuetamente en dicho cuerpo procesal con ciertas virtudes, pero también muchos defectos, que originaron desde el inicio ciertos reclamos, de tal forma se menciona que “el gobierno de 1980 -1985 elevó un proyecto de ley reglamentario del numeral constitucional, que en verdad es sólo un anteproyecto.

Transcurridos más de diez años desde la vigencia plena de la Carta (27-7-1980) y ninguno de los Congresos ha cumplido el mandato constitucional; habiéndose limitado obviamente dicho Gobierno a remendar el ordenamiento al disponer que en tanto se establezca el contencioso - administrativo rige el Código de Procedimientos Civiles (Ley No 23333); pero luego variada (Decreto Legislativo 612o - LOPJ) y prontamente modificada otra vez. El flamante Código Procesal Civil lo esquivo y viola, reduciéndole meramente a un llamado Proceso abreviado (Título II), Impugnación de acto o resolución administrativa (Sub- capítulo 6), todo lo cual entra increíblemente en 20 escasos artículos (del 540 al 559).

Se debe resaltar que la adecuación del proceso contencioso administrativo a la vía del proceso abreviado ya respondía a la necesidad de una vía especial y distinta a la tutela cognitiva clásica para este mecanismo procesal, de tal manera, el autor del Código Procesal Civil señala “En el caso del Código Peruano que regula el proceso de conocimiento pleno, el abreviado y el sumarísimo, estos últimos son fórmulas

distintas del primero en cuanto tienen plazos más reducidos y, en algunos casos, alguna audiencia menos. Como se advierte, se trata de un tipo de tutela diferenciada conocida y practicada en nuestros tribunales, sin que necesariamente nos hayamos detenido a apreciar su importancia”, “Así y todo se reguló un sistema de tutela diferenciada respecto de los procesos de conocimiento, dividiéndolos en plenos, abreviados y sumarísimos, a fin de que los conflictos de intereses fuesen ubicados atendiendo a lo que las partes, y en definitiva el juez considerase pertinente, en atención al grado de contenciosidad que se advierta al inicio del proceso”.

A través de estas afirmaciones se intenta explicar que la función de estos distintos tipos de procesos cognitivos fue de pretender desarrollar un sistema de tutela diferenciada (es decir una tutela jurisdiccional relacionada directamente con la pretensión material), con relación a cierto tipo de pretensiones entre las cuales se encontraba el proceso contencioso - administrativo. Sin embargo, las características comunes a todos estos procesos (cognitivos plenarios y plenarios rápidos) se centra en la función que cumplen con relación a la actividad jurisdiccional, es decir, un proceso cognitivo sirve para obtener una declaración de certeza, diseñando un mecanismo lineal, por etapas (afirmación, confirmación, resolución, ejecución), sucesivas, inmediatas, lógicas, preclusivas y precluyentes, que se inicia con el ejercicio del derecho de acción y termina con la declaración de certeza que se convertirá en el título para la restitución o cese de la lesión del derecho o bien jurídico reclamado.

Prima el principio del contradictorio, la dualidad de posiciones e igualdad de partes, y el juez se encuentra en una posición neutral, imparcial e imparcial, siendo el efecto del resultado de todos estos procesos la cosa juzgada, por ello susceptibles de recurrir en casación, es por ello que son denominados procesos plenos y plenarios. Plenos por desarrollar la actividad jurisdiccional en todas sus etapas y plenarios por los efectos que desarrolla el proceso con relación al objeto del mismo determinado por las pretensiones de las partes. La diferencia radica en la abreviación que se ha dado al trámite a través de la concentración de actos procesales, menores plazos, límites a los medios de defensa, ello como solución técnica, constituyendo así una sumariedad formal y horizontal, más no una sumariedad material o vertical. (Círculo de Derecho Administrativo PUCP, 2012)

El mecanismo para la actividad jurisdiccional cognitiva declarativa es el proceso de conocimiento, sin embargo, siendo especies del mismo género el proceso abreviado se ha establecido para ciertos tipos de pretensiones materiales. De esta suerte, por ejemplo, el proceso abreviado, también denominado plenario rápido, el cual tiene su sustento en una cuestión de política procesal contextual y coyuntural, que justifica su aceleración, sobre la base del principio de economía procesal. Luego, los procedimientos rápidos se diferencian del ordinario simplemente por su forma, sin que tenga una finalidad diversa de la que se quisiera obtener por medio del proceso declarativo ordinario, constituyendo una simple aceleración formal del procedimiento.

En consecuencia, pese a la plausible intención del legislador la forma procedimental adoptada para esta pretensión no cumplió con la formación de un sistema de tutela diferenciada, sino que quedó atrapada en la estructura formal del proceso cognitivo.

b. La posterior dualidad de vías procedimentales para el proceso contencioso administrativo.

El proceso abreviado y el proceso sumarísimo. Es así que en la exposición de motivos del Proyecto de Ley que regula el proceso contencioso administrativo (Resolución Ministerial N° 174-2000-JUS), se señaló que “en cuanto a la vía procedimental los artículos 20 y 21° establecen en qué casos procede el proceso sumarísimo y el abreviado regulados por el CPC. En ese sentido, debe tenerse presente que en aquellos casos en los cuales la decisión jurisdiccional ha de ser expedida más rápidamente o, si se requiere, en aquellos casos en los cuales el sustento de la pretensión se encuentra en determinadas circunstancias que hacen innecesario una mayor actividad cognitiva, como lo pueden ser los casos de actuaciones de hecho, o los casos en los que se pretenda una actuación administrativa que se deba realizar por mandato de la ley o acto administrativo firme, la vía procedimental es el proceso sumarísimo. Por lo demás la regla general es que el proceso contencioso administrativo se tramitará en la vía del proceso abreviado.

Cabe, señalar, que el único tema en los que ambas vías procedimentales se diferencian de la regulación general contemplada en el Código Procesal Civil está en el plazo para emitir el dictamen fiscal y para emitir sentencia, conforme a los últimas

párrafos”. Con lo que se contempla que el sentir del legislador era mantener el esquema procesal cognitivo con una vía más lata y una vía más rápida de acuerdo a las pretensiones establecidas. Este esquema procesal se repite en los artículos 24° y 25° del Proyecto de Ley N° 01072/2001-CR presentado por la Comisión de Justicia al Congreso y que en su dictamen correspondiente afirma “n) sobre las vías procedimentales bajo las que se tramitan las pretensiones demandadas: por regla general el proceso contencioso administrativo sigue la secuela del proceso abreviado atendiendo a la naturaleza e importancia del objeto reclamado y cuando se trate de ciertos asuntos que para la Ley deben ser resueltos más rápidamente corresponde la vía procedimental del proceso sumarísimo, lo que significa una ostensible reforma positiva en relación a la Ley Procesal vigente”, aprobando el texto sustitutorio pero con el mismo articulado con relación a las vías procedimentales para el proceso contencioso administrativo. La Ley del proceso contencioso administrativo contemplaba la vía procesal abreviada y la vía sumaria, entendiendo por los primeros a un proceso de conocimiento intermedio en los que la capacidad y tiempo se ha reducido denominados procesos plenarios rápidos o abreviados, y por último a aquellos procesos cuya discusión se reduce a la prueba de uno o dos hechos específicos a los cuales se les denomina procesos plenarios rapidísimos o sumarísimos, manteniéndose así la doble estructura cognitiva para el proceso contencioso administrativo. Se trató de una aceleración formal, más que de una sumariedad sustancial, lo que se tradujo en la Ley N° 27584, Ley que reguló el proceso contencioso administrativo que en sus artículos 24° 57 y 25° estableció dos vías procesales para el desarrollo de este mecanismo, el proceso sumarísimo y el proceso abreviado. (Círculo de Derecho Administrativo PUCP, 2012)

2.32. El establecimiento del proceso contencioso administrativo abreviado como “proceso especial” y la conversión del proceso contencioso administrativo sumarísimo hacia el proceso “urgente”

Posteriormente, a consecuencia de las recomendaciones y conclusiones del Plan CERIAJUS que en su Proyecto 12 respecto al área de reformas legales proponía una vía procedimental de “proceso rápido” para el proceso abreviado contencioso administrativo a través de la modificación del artículo 25° de la Ley N° 27584, consideración que fuera recogida por la Comisión de Justicia del Congreso indicando

en su Dictamen pertinente “Sin embargo, es del caso acogerse la propuesta de modificación del artículo 25°, a fin de implementar un proceso más rápido y eficaz, en el que no proceda la reconvención, se resuelvan las excepciones o defensas previas, se declare saneado el proceso, la nulidad y conclusión anticipada del mismo, a través de una resolución que, de ser el caso, aprecie los defectos incurridos y la concesión de un plazo, es que éstos fueran subsanables, entre otros presupuestos. (Círculo de Derecho Administrativo PUCP, 2012)

Sobre el particular, podemos definir al contencioso administrativo como un proceso cuyo estudio corresponde al derecho procesal y es por esa razón que le son aplicables todos los principios comunes que rigen a los procesos en general. Sin embargo, la naturaleza de los conflictos materia del contencioso difiere del proceso civil. De esa forma, las diferencias entre el proceso contencioso administrativo y el proceso civil se derivan en el hecho que en el proceso contencioso administrativo interviene la Administración Pública en uso de las prerrogativas del derecho administrativo, así como en el mismo se cuestiona una actuación sustentada en el derecho administrativo. En virtud a estas diferencias, sólo podrá aplicarse los principios del proceso civil en la medida en que la aplicación de éstos no desvirtúe la naturaleza del contencioso y asimismo, se requiere una capacitación especializada de jueces para dichos procesos tomando en cuenta lo expuesto, es que encontramos justificado que exista una regulación especial en la se establezcan etapas procesales distintas y con plazos más reducidos que los procesos abreviados de naturaleza civil, teniendo en cuenta la naturaleza de las pretensiones que son materia del citado proceso, debido a lo fundamental que se atienda a la esencia del contencioso administrativo y a los principios que en él se desarrollan. (Círculo de Derecho Administrativo PUCP, 2012)

Modificación que fuera realizada a través de la Ley N° 28531, en la cual se establecía para la vía del “proceso especial” para el contencioso administrativo.

Sin embargo, en los cuales pese a la abreviación de plazos y concentración de actos procesales en el denominado proceso “rápido” ó “especial” y su variante el proceso sumarísimo se seguía manteniendo un esquema cognitivo, produciéndose en consecuencia sólo una “sumarización formal” del proceso, pero no llegando a diseñar un sistema de tutela urgente a través de una “sumarización material”. Y esta inadecuada técnica legislativa tuvo como consecuencia la identificación formal entre

el proceso plenario rápido, ahora proceso “especial”, y el proceso sumario, con relación sólo a la rapidez de la vía procedimental, pero sin contar con la no identidad de su función.

Los juicios sumarios tradicionalmente se han aplicado por cuatro razones determinantes procedentes de la casuística: por carácter “rationes parva quantitatis; rationes parvii preiudicii; rationes urgentia necessitatis y rationes miserabilium personarum”. Sin embargo, esta doctrina sustentada por Mittemair, reprodujo el error de confundir los sumarios con los plenarios rápidos (abreviados), por lo cual sólo hay una distinción formal, más no una distinción material entre ellos, cuando en realidad los sumarios solo deberían tener un finalidad de satisfacción específica y parcial, susceptible revisión posterior a través de un proceso cognitivo plenario y en consecuencia sin el efecto de cosa juzgada, porque “el criterio de distinción entre procedimientos plenarios y sumarios no es tanto el de la ordenación procedimental de los actos, sino la producción o no de la cosa juzgada (material)” y son la posibilidad de llegar al recurso de casación, por ello los límites de la sumariedad son la limitación de ciertas causas (limitación de la cognición judicial) y ciertos efectos (exclusión de la cosas juzgada), característica que el proceso sumario del Código Procesal Civil no posee o mejor dicho excede. (Círculo de Derecho Administrativo PUCP, 2012)

“La forma específica, regularmente acelerada, de los juicios sumarios, deriva que se trata de una vía específica, destinada a llegar a una finalidad específica (una satisfacción parcial, pues parcialmente pretendida), para lo cual, se hace necesaria esta forma especial, urgente, se trata de componer solamente una parte del litigio -la que hizo “crisis”-, aquella que se puede componer más fácilmente mediante la prueba rápida” (Círculo de Derecho Administrativo PUCP, 2012).

Los procedimientos rápidos se diferencian del ordinario simplemente por su forma; en tanto que los sumarios, lo son por el contenido. La forma específica de los sumarios, depende de que se trate de un camino específico para obtener una finalidad específica, a fin de alcanzar la cual es precisa la citada forma especial; pero los procedimientos rápidos - plenarios su forma específica, también acelerada, se justifica sin necesidad de que tengan una finalidad diversa de los que se quiere obtener por medio del procedimiento declarativo ordinario.

Las pautas de la sumariedad son perfectamente diversas entre estos dos tipos de procesos, en los plenarios rápidos es simplemente de carácter formal, en tanto, que en los sumarios, tiene carácter material que proviene “en los casos en que la pretensión del actor (...) goza de una fehaciente in limine que resultaría prácticamente exagerado imponerle las mismas garantías de comprobación que a otra pretensión cualquiera”, esto es la “sumariedad cualitativa” que a la sazón debería ser la única en oposición a la “sumariedad cuantitativa”, forma procesal que por otro lado, se encuentra fuertemente cuestionada en la actualidad, tal como anota Antonio María Lorca Navarrete, “En puridad, no hay - en mi parecer actividad “sumaria” en la declaración jurisdiccional de la patología jurídica que, de una u otra manera, no esté sujeta al garantismo procesal modelado” y añade “Es indispensable, pues, que el entendimiento y/o aplicación de garantismo procesal no permita grados “sumarios” en su aplicabilidad. Ni sumariedad alguna”, esto con referencia a que la función jurisdiccional como garantía sustantiva del proceso es única, y por tanto, mal se puede hablar de procesos con limitaciones de las garantías de esta función jurisdiccional. Por ello, en el Decreto Legislativo N° 1067 y su TUO, Decreto Supremo N° 013-2008-JUS, se establecen como vías procesales para el proceso contencioso administrativo el “proceso urgente” a efectos de dar una satisfacción rápida y urgente en ciertos presupuestos procesales, y un “proceso especial” para las pretensiones comunes del Contencioso Administrativo.

De esta forma, los procedimientos comunes son la tramitación procedimental adecuada para los procesos que tengan por objeto cualquier clase de pretensión y los procedimientos especiales consisten en regulaciones de los actos procesales y de su interrelación diferenciadas en comparación con los procesos comunes y, además, cuya adecuación se determina exclusivamente en atención a los aspectos cualitativos de la pretensión sujeto a un régimen especial en algunos aspectos del proceso de declaración del que son objeto, pero sin que esta especialidad afecte al proceso, y de otro lado a través del proceso urgente se intentaría introducir un sistema de tutela diferenciada. (Círculo de Derecho Administrativo PUCP, 2012)

Tal como se viene desarrollando y pese a que la intención del legislador era a través del proceso urgente la introducción de un proceso contencioso administrativo “ius fundamental”, siendo su intención “preparar las líneas de un contencioso de derechos

fundamentales” ante la necesidad impostergable de tutela y “que tiene como base el hecho que el proceso debe dar una respuesta inmediata pues de otro modo la tutela jurisdiccional no resultaría ser efectiva, de modo que, por esperar el trámite normal de un proceso, y respetar sus plazos y procedimientos ordinarios, la protección que el derecho reclama sería imposible que llegue a tiempo, evitando con ello que el proceso llegue a cumplir su finalidad”, de acuerdo a su estructura lineal y por etapas de este “proceso urgente”, ha sido absorbido por el proceso declarativo, y por tanto, de la urgencia solo queda la sumarización formal, más no la sumarización material o cualitativa, que exige una estructura distinta de proceso de acuerdo la urgencia intrínseca de las pretensiones establecidas. Algunos autores sostienen que si no se cumplen con los requisitos especiales del proceso urgente no se debería declarar improcedente la demanda, sino admitirla en la vía del proceso especial.

Esto conlleva dos errores, en cuanto al ámbito técnico-jurídico, si estamos ante la presencia de una laguna normativa respecto al régimen de ambos procedimientos y a la regulación de la adecuación del procedimiento, esto respondería a un criterio cuantitativo pero no al criterio cualitativo que responde al derecho material y justifica la pretensión en determinados derechos, situaciones jurídicas, relaciones jurídicas o petición de tutela, en consecuencia, siendo el proceso urgente una manifestación de la tutela diferenciada, no podría ser vista la pretensión en un proceso declarativo.

Y de otro lado, esta posibilidad de adecuar las pretensiones del proceso urgente a la vía declarativa, crea un incentivo en los jueces, que en una errada aplicación del principio “pro actione” destinarían pretensiones específicas a un sistema procesal común, desnaturalizando la vía urgente, y en consecuencia tornándola inútil con el riesgo de caer un escaso y tal vez esotérico uso, “la constatación de ese grave equívoco que, cuando no se revela en el discurso, es invariablemente presupuesto en el raciocinio de los procesalistas, muestra el grado de compromiso con la ordinariedad; y, como observa CARRIO, impele a la doctrina a transformar las demandas sumarias en meros fantasmas de la auténtica sumariedad. Nuestra capacidad de “ordinarizar” y, como consecuencia de esto “plenarizar” todas las demandas es una consecuencia ineluctable impuesta por el paradigma de la ordinariedad. (Círculo de Derecho Administrativo PUCP, 2012).

2.33. Presupuestos del proceso urgente contencioso administrativo como manifestación de una tutela diferenciada

Este tipo de tutela especial, diferenciada o específica, corresponde a una afectación de derechos de necesaria protección inmediata a través de un técnica procesal urgente, la cual se aparta del contenido abstracto del derecho de acción y deviene más bien en un contenido concreto por el cual la actividad jurisdiccional está determinada en un actuar concreto a través de una sentencia de fondo, por lo que los requisitos exigidos en el artículo 26° de la Ley del Proceso Contencioso Administrativo no constituyen “requisitos de procedibilidad” sino “requisitos de fondo” para la actividad jurisdiccional concreta conforme con el texto de la norma que señala que “Para conceder la tutela urgente se requiere. (Círculo de Derecho Administrativo PUCP, 2012)

“En este sentido parte del mito o tradición de la “ordinariedad” provoca en los jueces el análisis de estos requisitos como de “procedibilidad” y emiten resoluciones inhibitorias en lugar de correr el traslado directo y emitir sentencia de fondo ya sea fundada o infundada, con lo que de plano envilecen todo el sistema de la tutela urgente provocando una innecesaria revisión por el superior jerárquico, el cual además exige dictamen fiscal, dándole el trato de un proceso declarativo especial ante la falta de norma específica, desnaturalizando así todo el proceso urgente y perdiendo cualquier aspecto de efectividad que pudiera tener o aspirar. La concesión de la tutela urgente será determinada sobre la base de las siguientes cuestiones” (Círculo de Derecho Administrativo PUCP, 2012).

a. Interés tutelable

“En tanto, se debe verificar la clase del título o derecho del afectado así como el acto lesivo, necesario de actuación jurisdiccional inmediata” (Círculo de Derecho Administrativo PUCP, 2012).

b. Necesidad impostergable de tutela

“En cuanto, de verificarse la existencia del derecho o título afectado, determinar si esta necesitaría de una actuación inmediata jurisdiccional para la remoción o prevención del ilícito bajo el riesgo de tornar dicho derecho en

ineficaz, o si por el contrario” (Círculo de Derecho Administrativo PUCP, 2012).

c. ¿Existe otra vía eficaz para la satisfacción de la pretensión del demandante?

En cuanto a la necesidad y eficacia de la técnica de tutela procesal con relación al derecho afectado si dicha restitución o restablecimiento del derecho o cese del daño al bien jurídico afectado soportaría un proceso de tipo cognitivo declarativo. En esta dirección, la declaración jurisdiccional de tutela urgente posee un alto grado de discrecionalidad del juez por lo cual, la decisión se asemeja más a una actividad de equidad que de derecho y por lo tanto muy semejantes a las “injunctions” provisionales de derecho anglosajón, en ellas los presupuestos de adopción dispone de una amplia facultad de discrecionalidad del juez para apreciar su concurrencia. Esta discrecionalidad es propia de la tutela de equidad pero también tiene una serie de límites establecidos en los propios principios de equidad como *one who seeks equity must do equity* y *clean hands* que en realidad se basan en conceptos como la buena fe y no consentir situaciones contra las que luego se actúa por medio de alguna forma de tutela de la rama de equidad. (Círculo de Derecho Administrativo PUCP, 2012)

Para la adopción de una “injucción” deben señalarse los siguientes requisitos:

- i) Probabilidad de que el solicitante sufrirá un daño irreparable (irreparable harm) si la “injucción” no es acordada.
- ii) Valorar la posible injusticia que se produzca con la adopción de la “injunction” respecto a las dos partes (balance of hardships).
- iii) El efecto o interés público que pueda producirse al acordar la “injunction”.
- iv) Que la “injunction” provisional sea la forma de tutela adecuada para la controversia.

De estos requisitos señalados, los establecidos en el punto (i) y (iv) están presentes en los requisitos para la concesión de la tutela urgente prescrita en el artículo 26° de la Ley del Proceso contencioso administrativo en sus incisos b) y c), mientras que el primer inciso del referido artículo hace referencia a la posibilidad del “juicio” de verosimilitud por lo cual sería posible una tutela de

ejecución sin el proceso declarativo previo, lo cual era impensable en el proceso liberal ordinario. (Círculo de Derecho Administrativo PUCP, 2012)

2.34. Interés tutelable cierto y manifiesto:

Con relación al presente presupuesto, la doctrina argentina ha desarrollado en el perfil de la “medida autosatisfactiva” y del “proceso urgente” designando a este requisito como la acreditación de una fuerte probabilidad de la existencia del derecho, que tiende a la exigencia de certeza o convicción suficientes de que es atendible lo solicitado, que presupone el recaudo de la urgencia en relación a la existencia de un derecho líquido y probado en un grado de cuasi certeza que justifica el despacho de una medida de trámite mínimo, con un régimen contradictorio acotado, a veces excepcionalmente diferido, y de impugnación compleja, así en el artículo 785° del Código Procesal Civil y Comercial de la Provincia de Corrientes se establece “Artículo 785. Petición urgente. Ante solicitud fundada de parte, explicando con claridad en qué consisten sus derechos y su urgencia y aportando todos los elementos probatorios que fundamenten la petición y que es impostergable la prestación de la tutela jurisdiccional inmediata”, en igual forma el Código Procesal Civil y Comercial de la Provincia del Chaco señala en su artículo 232°, “artículo 232. b) que el interés del postulante se circunscriba, de manera evidente a la solución de urgencia no cautelar requerida.”. El proyecto del Código Procesal Civil y Comercial de la Provincia de Santa Fe, artículo. 290° sanciona “Los jueces podrán decretar, prudencial y excepcionalmente, medidas urgentes distintas de las reguladas por este Código. Requiriéndose una solución urgente no cautelar, podrá solicitarse el despacho de una medida auto satisfactiva cuando existiere una palmaria verosimilitud del derecho alegado.

El pedido que deberá aportar elementos probatorios “prima facie” de lo argumentado, será sustanciado exclusivamente mediante traslado o la celebración de una audiencia”. Recientemente el Proyecto de Código Procesal Civil y Comercial de la Provincia de San Juan incorporó el capítulo de procesos urgentes, “artículo 693.- Procesos urgentes. En caso de extrema urgencia, si fuera necesario salvaguardar derechos fundamentales de las personas, el juez podrá resolver la pretensión del peticionario acortando los plazos previstos para el proceso abreviado y tomando medidas que juzgue necesarias para una tutela real y efectiva”. En todos estos casos

la razonabilidad de la urgencia radica en la innegable necesidad de consagrar tutelas diferenciadas en orden a:

Evitar a las partes y a la administración de justicia el “costo” del proceso de conocimiento pleno, en los casos en que no se justifica la plausibilidad de contestación;

asegurar rápidamente la efectividad de la tutela jurisdiccional en las situaciones de ventaja de contenido (exclusivo o prevalente) no patrimonial y que sufrir daño irreparable por la demora de la cognición plena, y c) evitar el abuso del derecho de defensa del demandado, mediante la utilización de los instrumentos de garantía previstos para el procedimiento ordinario”.

No obstante, la realización del derecho a la efectividad de la tutela jurisdiccional no depende sólo del análisis del derecho de defensa, sino también del derecho material en litigio y de la “tutela de los derechos” que exige el análisis de la esfera jurídica del demandando.

La adecuación de la técnica procesal debe ser medida en base a las necesidades del derecho material y a la situación concreta que depende de su confrontación con el derecho material del demandado. Es preciso verificar si la restricción de la posibilidad de alegación está legitimada por los valores de la Constitución y justifica la restricción del derecho a la producción de la prueba y legitime de esta forma un juicio de “verosimilitud. (Círculo de Derecho Administrativo PUCP, 2012).

Este requisito tiene correlación con el juicio positivo de probabilidad, en el caso de las “injunctions” provisionales, a favor del solicitante que es claramente una apariencia de buen derecho “likelihood of success on the merits. Al tal fin el juez debe valorar las probabilidades de que la pretensión del actor sea finalmente estimada al final del proceso, por ello deberá realizar un cálculo de probabilidades al respecto, y que tiene también relación con la resolución del conflicto ejecutivo procesal, en la cual el juez para poder anticipar los efectos de una sentencia debe valorar la doble dimensión del conflicto entre los intereses de las partes y los valores de la legislación, además de tener presente el grado de certeza en el momento de la resolución.

De esta forma si el interés del demandante en la urgencia de la resolución es más intenso que el interés del demandado por la cognición plena, y el valor “tempestividad” prima sobre el valor “estabilidad”, además de tener un alto grado de certeza ya sea por el derecho material invocado y las pruebas aportadas, el juez deberá resolver por la resolución de este conflicto ejecutivo procesal a favor del solicitante y podrá anticipar los efectos de una declaración. (Círculo de Derecho Administrativo PUCP, 2012)

4.10 Necesidad impostergerable de tutela. -

El fundamento básico de la tutela urgencia es la “urgencia pura o intrínseca”, que corresponde a la demostración prima facie de la concurrencia de una situación urgente que de no ser conjurada puede irrogar un periculum damni.

A diferencia de la “urgencia funcional” que proporciona la tutela cautelar clásica, en la que hay una relación mediata o indirecta entre la pretensión cautelar y el daño a evitar, en cuanto no se enfoca la urgencia per se, sino que se la evalúa con relación a los fines del proceso principal, para asegurar o conservar los efectos del futuro título “por ello se observa que la teoría cautelar clásica tendiente a evitar la demora que el desarrollo del proceso supone torne ilusorios los derechos, brinda soluciones a la denominada urgencia funcional. En otras palabras se preocupan por dar respuestas a situaciones que resulten premiosas en miras a otra coyuntura (el proceso principal), y cuya dañosidad es meramente virtual o conjetural, en el sentido de que puede o no llegar a registrarse. (Círculo de Derecho Administrativo PUCP, 2012)

En otras palabras, “la denominada urgencia funcional conduce a prevenir, precaver y evitar el daño que implicaría no poder complementar con la futura sentencia judicial que acogiera la pretensión. Por el contrario, la urgencia intrínseca reclama como objeto único y acotado prevenir, precaver y evitar la producción o agravamiento de una daño mediante el pronunciamiento judicial concomitante, inmediato y actual.

En tal sentido la tutela anticipatoria al no ser instrumental sino directa, es la única tutela que pretende el actor, al contrario de la tutela cautelar que es funcional o indirecta y posibilita la satisfacción de una pretensión posterior, por ello también se ha denominado tutela específica, en contraposición a la tutela resarcitoria. La tutela anticipatoria satisface el plano fáctico, no posee el carácter de provisorio, estando

subordinada al mantenimiento del estado peligroso indicativo de la probabilidad del daño. En la doctrina del “irreparable harm” para la concesión de las “injunctions” provisionales se trata de un daño de tal envergadura que no puede ser compensando económicamente o que no puede ser compensando con una sentencia judicial posterior además de ser inminente. Sin embargo, el requisito del daño irreparable no es exigido cuando la conducta que se pretende cesar resulta contraria a la Constitución o a Derecho. (Círculo de Derecho Administrativo PUCP, 2012)

2.35. Que sea la única vía eficaz para la tutela del derecho invocado.

Este presupuesto atiende a que la pretensión de la tutela urgente no debe tener contenido declarativo de derechos, sino que debe circunscribirse de manera evidente a la cesación inmediata de conductas de vías de hecho, producidas o inminentes contrarias a derecho según la legislación de fondo o procesal. El interés del postulante debe limitarse a obtener la solución de urgencia no cautelar requerida, sin extenderse a la declaración de derechos conexos o afines.

Esta particularidad, se entiende en tanto, la tutela de urgencia que se posibilita a través del proceso urgente es un proceso autónomo que se abastece en su propio dictado, en tanto, está destinada a remover o inhibir el acto lesivo que impide el disfrute del derecho. El sentido de las pretensiones del solicitante, no debe ser la declaración, condena o constitución de un título con efectos jurídicos sobre una situación jurídica particular, ni tampoco solicitar instrumental para el aseguramiento o conservación de un futuro título a conseguir a través de un proceso cognitivo.

Finalmente, tampoco se debe solicitar la ejecución de obligaciones nacidas al amparo del título ya sea de forma administrativa o jurisdiccional. Muy por el contrario las pretensiones fundamento del proceso urgente llevan al restablecimiento inmediato de los derechos del administrado sin necesidad de una declaración posterior y ante el evidente peligro de tornarse en irreparables. El debate no se centra sobre la declaración de certeza de algún título, sino sobre el derecho mismo, el cual está siendo lesionado a través de una actuación irregular. En este caso, la tutela jurisdiccional solicitada o técnica procesal para la eficacia de la tutela jurisdiccional puede ser de tipo “tutela para la remoción del ilícito” o de prevención para inhibir la producción

del ilícito que lesione el derecho. “La tutela de remoción del ilícito es posterior a la práctica del acto ilícito. La misma no inhibe el ilícito.

La misma se dirige contra el ilícito, independientemente de que el ilícito haya o no provocado un daño”. Dicha tutela tiene como objetivo remover o eliminar los efectos concretos del ilícito, es decir, la causa de ilícito, donde es suficiente la verificación de la falta de transgresión de un mandato jurídico, no teniendo importancia si el interés privado tutelado por la norma fue efectivamente lesionado o si ocurrió un daño. Para que haya interés una tutela que siendo posterior al ilícito, que no se destina a resarcir contra el daño, es necesario que la acción contraria a derecho deje marcas concretas que, propagándose en el tiempo, constituyan una fuente abierta para la producción de daños, como en casos, en los cuales la acción contra ius produce efectos concretos que, manteniéndose en el tiempo, constituyen exactamente el reflejo de la conducta prohibida, por la norma de protección del derecho.

Nuevamente, con relación a las injunctions del derecho anglosajón este requisito guarda estrecha relación con el Adequacy test o presupuesto de una tutela judicial adecuada que parte de la premisa básica de la tutela de equidad sólo será aplicable cuando la controversia no pueda ser resuelta por medio de una fórmula legal o de Derecho más adecuada. Saber cuándo se presenta una alternativa de tutela legal más adecuada se determina caso por caso analizando los hechos.

Dado que la injunction es una forma de tutela que proviene de la rama de la equidad, sólo será acordado en caso de que el solicitante acredite que su derecho no puede ser tutelado por ningún otro medio legal. El juez no acordará una injunction si existe otra forma de tutela de Derecho disponible para el solicitante que resulte más perfecta o adecuada para tutelar sus derechos. El solicitante no debe esperar a que el Juez constate la existencia de una forma de tutela judicial más adecuada que el solicitado.

En el contexto actual la posibilidad de revisión judicial del proceso administrativo surge para el control de la desviación de la administración, como un examinador independiente, más alejado y menos influenciado por la política, y que tiene como fin, detectar cuando la adjudicación administrativa se ha apartado del trato legislativo. (Círculo de Derecho Administrativo PUCP, 2012)

En esta nueva concepción del control jurisdiccional de la actuación administrativa sienta las bases para la creación de las herramientas procesales que conlleven a este fin, surgiendo la necesidad de las mismas que sirvan para el control de legalidad de los actos administrativos, para el control político de los mismos, y para la detección del error en la adjudicación de la administración con relación al reclamo individual.

Luego, el derecho a la tutela jurisdiccional consagrado en el artículo 139°, 3) de la Constitución Política del Perú se constituye en el eje fundamental de la nueva concepción del proceso contencioso - administrativo mediante la afirmación de este como un proceso jurisdiccional y mediante la superación del objeto contencioso administrativo de la nulidad y revisión del acto administrativo al enjuiciamiento de la pretensiones de los particulares deducida en la relación con la Administración Pública, introduciendo la pretensión de plena jurisdicción para el reconocimiento o el restablecimiento del derecho lesionado.

Así, el surgimiento de nuevas situaciones jurídicas, la inexistencia de técnicas procesales idóneas para la prestación de la tutela inhibitoria y de remoción del ilícito y de la morosidad del procedimiento común de conocimiento además del uso distorsionado de la tutela cautelar, son el sustento de la tutela urgente y anticipatoria. La transformación de la sociedad y el Estado hace surgir nuevas situaciones sustanciales carentes de tutela y el Estado Constitucional, al afirmar los derechos fundamentales exige su protección a través de normas y de tutelas jurisdiccionales dirigidas a impedir su violación y a viabilizar la remoción de los efectos concretos derivados de su agresión. Abriéndose de esta manera el espacio para la tutela diferenciada o específica, la cual es una tutela del derecho material y se preocupa de la protección de la integridad del derecho. (Círculo de Derecho Administrativo PUCP, 2012)

Como ejemplo de una adecuada respuesta legislativa ha sido el TUO de la Ley N° 27584, Ley del Proceso Contencioso Administrativo, en donde toda la actividad declarativa se desarrollaría a través del proceso especial, mientras que toda actividad jurisdiccional que por su naturaleza necesite de una actuación inmediata se desarrolla a través del proceso urgente, dejando de lado las categorías de procesos de conocimiento, plenarios rápidos y sumarios que en la práctica cumplen la misma función y que derivan de un contexto político, económico y social distinto al presente

correspondiente al siglo pasado, debiendo en su lugar prever un mecanismo rápido y único que sea capaz de absorber la gran demanda social de tutela jurisdiccional que el mercado de derecho está produciendo y que no es capaz de tutelar.

Es por ello, que el “proceso urgente” Contencioso Administrativo no se debe entender como una forma abreviada o rápida de un proceso declarativo, sino como una real manifestación de una tutela específica (diferenciada o urgente) de acuerdo a ciertos presupuestos, sino corre el mismo riesgo del sistema procesal civil de ser absorbido por la estructura formal del proceso declarativo y resultar ineficiente es desmedro de una tutela jurisdiccional que sea “efectiva” de cara a este tiempo de consagración de los derechos humanos.

Este tipo de tutela especial, diferenciada o específica, corresponde a una afectación de derechos de necesaria de protección inmediata a través de un técnica procesal urgente, la cual se aparta del contenido abstracto del derecho de acción y deviene más bien en un contenido concreto por el cual la actividad jurisdiccional determinada en un actuar concreto a través de una sentencia de fondo, por lo que los requisitos exigidos en el artículo 26° de la Ley del Proceso Contencioso Administrativo que constituyen “requisitos de fondo” y no “requisitos de procedibilidad” para la actividad jurisdiccional concreta.

En esta dirección, la declaración jurisdiccional de tutela urgente posee un alto grado de discrecionalidad del juez por lo cual, la decisión se asemeja más a una actividad de equidad que de derecho, ajena a nuestra tradición jurídica, y por lo tanto, resulta provechoso la confrontación con normas de derecho procesal comparado dentro de un contexto global, para entender esta institución, como es el caso de las injunciones provisionales de derecho anglosajón, en las cuales los presupuestos de adopción dispone de una amplia facultad de discrecionalidad del juez para apreciar su concurrencia. (Círculo de Derecho Administrativo PUCP, 2012)

2.36. Principios del Proceso Contencioso Administrativo.-

Principio de Integración.- Los jueces no deben de dejar de resolver el conflicto de intereses o la incertidumbre jurídica por defecto o deficiencia de la ley, en tales casos se aplican los principios del derecho administrativo. Este principio está relacionado con la plena jurisdicción que caracteriza al procedimiento contencioso administrativo,

ya que el juez está obligado a resolver todo el problema así la parte no haya interpuesto de manera eficiente toda su pretensión. Entonces es muy fácil que una primera instancia cumpla con ese principio y que en segunda instancia te diga que en aras de congruencia procesal y pronunciarse solo sobre lo que te han pedido, se estaría vulnerando el principio de jurisdicción plena. (DS. N° 013-2008-JUS)

Principio de Igualdad Procesal.- Hay un trato de igualdad independientemente sean entidades o administrados. Lo que debe quedar claro es que el proceso contencioso administrativo además de buscar la igualdad, busca el equilibrio de poderes evitando el abuso. (DS. N° 013-2008-JUS)

Principio de Favorecimiento del Proceso.- El juez no puede rechazar la demanda en los casos que por falta de precisión en el marco legal sobre agotamiento de la vía administrativa. Este principio obliga a revisar los requisitos de admisibilidad de la demanda en sentido de favorecer al accionante, garantizando su derecho de acceso a la administración de justicia. (DS. N° 013-2008-JUS)

Principio de Suplencia de Oficio.- El juez deberá suplir las deficiencias formales en las que incurran las partes, pidiendo de ser el caso la subsanación de no ser posible la suplencia. Subsanar por ejemplo implica la adecuación de la vía pero si se trata de subsanar que sólo lo puede hacer el demandante (requisitos especiales), lo deberá hacer el mismo a fin de que la demanda se vuelva viable, transcurrido dicho plazo sin que el demandante realice la respectiva adecuación, procederá el archivo del proceso.

Por otro lado a elección del demandante puede tener conocimiento del proceso el juez del lugar del domicilio del demandado o del lugar donde se produjo la actuación materia de la demanda. En otras palabras el juez asume una función orientadora. (DS. N° 013-2008-JUS)

2.37. Legitimidad para Obrar Activa.

Tiene legitimidad para obrar activa quien afirme, ser titular de la situación jurídica sustancial protegida, que haya sido o esté siendo vulnerada por actuación administrativa impugnada materia del proceso; así como la entidad pública facultada por ley para impugnar cualquier actuación administrativa que declare derechos subjetivos, previa expedición de resolución motivada en la que se identifique el

agravio que aquella produce a la legalidad administrativa y al interés público y siempre que haya vencido el plazo para que la entidad que expidió el acto declare su nulidad de oficio en sede administrativa”. (DS. N° 013-2008-JUS)

2.38. Representación y Defensa de las entidades administrativas.

“La representación y defensa de las entidades administrativas estará a cargo de la Procuraduría Pública competente o, cuando lo señale la norma correspondiente, por el representante judicial de la entidad debidamente autorizado.

Todo representante, judicial de las entidades administrativas, dentro del término para contestar la demanda, pondrá en conocimiento del titular de la entidad su opinión profesional motivada sobre la legalidad del acto impugnado, recomendándole las acciones necesarias en caso de que considere procedente la pretensión”. (DS. N° 013-2008-JUS)

2.39. Acumulación. -

La Ley del Proceso Contencioso Administrativo N° 27584, regula los casos es que es posible acumular la pretensiones, pero es recién con la publicación del Decreto supremo 013-2008-JUS que se introduce una pretensión más que puede ser acumulada como es el derecho que tienen los administrados de recibir una indemnización por haberse lesionado sus bienes o derechos siempre que el perjuicio sea consecuencia de actuaciones administrativas. Esta pretensión siempre deberá tener carácter de accesorio con respecto a las otras pretensiones reguladas a las que llamaríamos principales. Entonces cuando el juez declare fundada cualquiera de las pretensiones principales, también estará declarando fundada la indemnización y se verá en la obligación de fijar un monto indemnizatorio por los daños y perjuicios ocasionados por el estado. (DS. N° 013-2008-JUS)

2.40. Los medios Probatorios. -

El artículo 27 de la LPCA, referido a la actividad probatoria, disponía que: “En el proceso contencioso-administrativo la actividad probatoria se restringe a las actuaciones recogidas en el procedimiento administrativo, no pudiendo incorporarse al proceso la probanza de hechos nuevos o no alegados en etapa prejudicial”. La

citada norma ha sido una de las más cuestionadas de la LPCA, considerándose incluso como violatoria del debido proceso. En este sentido, Ampuero Godo discrepa con “la postura reduccionista asumida por el legislador, al restringir la actividad probatoria del PCA ‘a las actuaciones recogidas en el procedimiento administrativo’, ya que ello constituye una afectación evidente al derecho al debido proceso que, como bien se ha dicho en reiterada jurisprudencia del Tribunal Constitucional, ‘es un derecho continente’, y comprende, entre otros, el derecho a probar, del que se deriva el derecho a ofrecer, actuar y contradecir pruebas, siendo un derecho fundamental de naturaleza procesal con alcances genéricos.

Asimismo, Jorge Danós ha señalado la contradicción existente entre el artículo 27 de la LPCA y las demás normas sobre los medios probatorios, en los siguientes términos: “Aunque pareciera que la ley, contracorriente a las modernas tendencias doctrinales en la materia, restringe la actividad probatoria en el contencioso-administrativo exclusivamente a las actuaciones recogidas en el procedimiento administrativo, por la vía de prohibir la incorporación al proceso la probanza de hechos nuevos o no alegados en la etapa prejudicial, los demás dispositivos que regulan el régimen de los medios probatorios en la ley no responden a dicha óptica porque han sido reproducidos textualmente del proyecto original que partía de una premisa diametralmente distinta que proclamaba el carácter amplio y abierto de la actividad probatoria en el proceso contencioso administrativo.

La posición restrictiva adoptada por el legislador, respecto de la actividad probatoria, como lo señala Danós haciendo suya la postura de Ignacio Borrajo Iniesta, corresponde a una concepción rígida del proceso contencioso-administrativo, que lo concibe como un proceso meramente revisor del procedimiento administrativo, que solo admite como relevante la legalidad del acto impugnado en el momento en que fue dictado, tomando en consideración solo los hechos que entonces constaban como ciertos. Para esta posición, el proceso contencioso-administrativo es una mera continuación de lo actuado en vía administrativa, debiendo el juzgador aceptar la visión de los hechos a que se hubiese llegado en el procedimiento administrativo. (DS. N° 013-2008-JUS)

Sin embargo, la tesis predominante y la que consideramos coherente con el principio del debido proceso, es la que considera que el proceso contencioso administrativo

debe ser uno de plena jurisdicción, motivo por el cual la actuación de las pruebas no debe restringirse a las actuadas en sede administrativa, sino debe permitir la actuación de todas las pruebas que permitan esclarecer los puntos controvertidos y resolver con justicia la controversia jurídica. En ese sentido, era de esperar que la reforma del artículo 27 de la LPCA levante la referida restricción de la actividad probatoria a lo actuado en sede administrativa. Sin embargo, el DL modificó dicho artículo (actualmente numerado como artículo 30 del TUO) con el siguiente texto:

En el proceso contencioso-administrativo, la actividad probatoria se restringe a las actuaciones recogidas en el procedimiento administrativo, salvo que se produzcan nuevos hechos o que se trate de hechos que hayan sido conocidos con posterioridad al inicio del proceso [en lugar de: “no pudiendo incorporarse al proceso la probanza de hechos nuevos o no alegados en etapa prejudicial”]. En cualquiera de estos supuestos, podrá acompañarse los respectivos medios probatorios. En el caso de acumularse la pretensión indemnizatoria, podrán alegarse todos los hechos que le sirvan de sustento, ofreciendo los medios probatorios pertinentes.

Esta reforma, si bien permite incorporar la probanza de hechos nuevos en el proceso, posibilidad que estaba proscrita en la versión anterior de la norma, no termina de levantar la referida restricción de la actividad probatoria. La reforma también incorpora un régimen probatorio especial para el caso de la pretensión indemnizatoria que, a diferencia de las otras pretensiones cuya actividad probatoria se restringe a las actuaciones recogidas en el procedimiento administrativo, permite alegar hechos y ofrecer medios probatorios distintos a dichas actuaciones administrativas. Entonces, la reforma del régimen probatorio de la pretensión indemnizatoria sí logra levantar dicha restricción. Suponemos que en este caso resultaba tan evidente que la probanza de los hechos que sustentan la pretensión indemnizatoria, que implica acreditar el daño producido, no puede hacerse sino con medios probatorios distintos a los actuados en sede administrativa, que al legislador no le quedó otro camino que levantar la restricción probatoria en dicho extremo.

Aunque la reforma del artículo 27 de la LPCA constituye un avance respecto al régimen anterior, aún nos encontramos a medio camino para que en materia probatoria el proceso contencioso administrativo sea uno de jurisdicción plena. De otro lado, el artículo 28 de la LPCA, referido a la oportunidad de presentación de los

medios probatorios, disponía en su primer párrafo que estos “deben ser ofrecidos por las partes en los actos postulatorios, debiendo acompañarse todos los documentos y pliegos interrogatorios en los escritos de demanda y contestación.

Asimismo, en su segundo párrafo disponía que: Si el particular que es parte del proceso no tuviera en su poder algún medio probatorio y este se encuentre en poder de alguna entidad administrativa, deberá indicar dicha circunstancia en su escrito de demanda o de contestación, precisando el contenido del documento y el lugar donde se encuentra con la finalidad de que el órgano jurisdiccional pueda disponer todas las medidas necesarias destinadas a la incorporación de dicho documento al proceso.

El DL ha modificado dicho artículo (actualmente numerado como artículo 30 del TUO), incorporando tres nuevos párrafos entre el primero y el segundo del texto original: “Los medios probatorios deberán ser ofrecidos por las partes en los actos postulatorios, acompañándose todos los documentos y pliegos interrogatorios. Se admitirán excepcionalmente medios probatorios extemporáneos, cuando estén referidos a hechos ocurridos o conocidos con posterioridad al inicio del proceso, vinculados directamente a las pretensiones postuladas. De presentarse medios probatorios extemporáneos, el juez correrá traslado a la parte contraria por el plazo de tres días.

Si a consecuencia de la referida incorporación es necesaria la citación a audiencia para la actuación de un medio probatorio, el juez dispondrá su realización.

El objeto de la reforma, sin modificar el criterio general de que los medios probatorios se ofrecen en los actos postulatorios, y siendo coherente con la reforma del artículo 27 de la LPCA que ahora permite incorporar la probanza de hechos nuevos en el proceso, ha sido establecer una regulación especial para los medios probatorios extemporáneos, que incluye el procedimiento para su actuación. Finalmente, el artículo 30 de la LPCA, referido a la carga de la prueba, disponía que “salvo disposición legal diferente, la carga de la prueba corresponde a quien afirma los hechos que sustentan su pretensión. Sin perjuicio de lo anterior, si la actuación administrativa impugnada establece una sanción, la carga de probar los hechos que configuran la infracción corresponde a la entidad administrativa.

El DL ha modificado dicho artículo (actualmente numerado como artículo 33 del TUO) con el objeto de ampliar los supuestos que permiten sustituir el régimen general de que la carga de la prueba le corresponde a quien afirma los hechos que sustentan su pretensión, por el régimen especial de que la carga de la prueba le corresponde a la entidad administrativa. Anteriormente, solo en el caso de que la actuación administrativa impugnada haya establecido una sanción, la carga de la prueba de los hechos que configuran la infracción correspondía a la entidad administrativa. Con la reforma también le corresponde la carga de la prueba, “cuando por razón de su función o especialidad la entidad administrativa está en mejores condiciones de acreditar los hechos. (DS. N° 013-2008-JUS)

2.41. Medios impugnatorios o recursos. -

El DL modificó el artículo 32 de la LPCA (actualmente numerado como artículo 35 del TUO), que regula los medios impugnatorios o recursos del proceso contencioso-administrativo, en algunos de sus términos. Respecto a la procedencia del recurso de apelación, el numeral 2.1 del artículo establecía que dicho recurso procede contra las sentencias, “excepto las impugnables con recurso de casación y las excluidas por convenio entre las partes”. El DL ha modificado dicha redacción para establecer, de manera más sintética, que el recurso procede contra las sentencias, “excepto las expedidas en revisión”. De este modo, con otros términos, se mantiene la previsión legal de que contra la sentencia de segunda instancia (que es la expedida en revisión y contra la que podría proceder la casación si ha sido expedida por una Corte Superior), no procede el recurso de apelación. Sin embargo, el efecto práctico de esta reforma es que se ha derogado la disposición que posibilitaba que las partes celebren un convenio de no interposición del recurso de apelación. Asimismo, sobre el recurso de casación, la modificación realizada por el DL establece que dicho recurso procede en los casos que versen sobre pretensiones no cuantificables. Así también, con la reforma se eleva el monto de las pretensiones cuantificables de 70 a 140 Unidades de Referencia Procesal (URP) para que proceda el recurso de casación.

De otro lado, a través de la reforma realizada por el DL al artículo 34 de la LPCA (actualmente numerado como artículo 37 del TUO), se sustituye el uso del término “doctrina jurisprudencial” por “precedente vinculante”. Asimismo, se establece que este precedente jurisprudencial vinculante puede generarse no solo a través de las

decisiones adoptadas en casación, sino también mediante todos los tipos de resoluciones que emitan la Sala Constitucional y Social de la Corte Suprema (como podría ocurrir, por ejemplo, frente a la interposición de un recurso de queja). Además, se dispone la obligación de publicar todas las sentencias de dicha Sala, no solo en el diario oficial, sino también en la página web del Poder Judicial. (CARLO MAGNO SALCEDO CUADROS, 2003).

2.42. Competencia.-

El juez competente, para conocer un proceso contencioso administrativo, es el juez especializado en lo contencioso administrativo del lugar del domicilio del demandado, es decir, la entidad administrativa que emitió el acto impugnado, o el juez del lugar donde se produjo la actuación impugnable, a elección del demandante. En primera instancia, el proceso es conocido por el juez especializado en lo contencioso administrativo, siendo la Sala Contencioso Administrativa de la Corte Superior respectiva, la que conocerá el proceso en instancia de apelación. En los lugares donde no exista Juez o Sala Especializada en lo Contencioso Administrativo, es competente el Juez en lo Civil o el Juez Mixto en su caso, o la Sala Civil correspondiente.

Cuando hablamos de competencia es hablar del ámbito en el cual el juez puede ejercer sus responsabilidades de carácter jurisdiccional previstas en la norma, exigiendo criterios para limitar la competencia como el territorio, grado, cuantía y materia.

Al respecto la Ley 27584 realiza precisiones con respecto al criterio de territorio y la competencia funcional o de grado.

En el ámbito territorial se establece que el juez competente para conocer el Proceso Contencioso Administrativo en primera instancia es, a elección del demandante, el juez del lugar del domicilio del demandado o del lugar donde se produjo la actuación impugnable o el silencio administrativo correspondiente, teniendo una preocupación especial y notoria por el demandante.

Hay que analizar que con los diferentes precedentes vinculantes del Tribunal Constitucional, bajo pretexto de que la acción constitucional tiene un carácter residual, se ha venido sobrecargando de procesos al fuero ordinario de lo contencioso

administrativo, volviéndolo menos expeditivo y rápido, situación que se agrava por modificaciones que ya han debido darse desde el Decreto Supremo N° 013-2008-JUS.

Luego de dictadas las sentencias emitidas por el Tribunal Constitucional Peruano en los casos “Anicama”, “Villanueva” y “Baylón”, la cantidad de procesos Contencioso Administrativos interpuestas se elevó tremendamente, haciéndose entonces muy evidentes las imprecisiones y deficiencias existentes en el tratamiento procesal recogido por la Ley N° 27584, máxime si se toma en cuenta la sobrecarga procesal que se generó en juzgados y salas contencioso administrativas.

Es pues en este contexto que, aprovechando la delegación legislativa generada en el contexto de una necesaria adecuación de nuestro ordenamiento jurídico a lo previsto en el Tratado de Libre Comercio suscrito entre el Perú y los Estados Unidos de Norte América, el gobierno peruano aprobó el Decreto Legislativo N° 1067, norma que introduce importantes modificaciones al texto del Proceso Contencioso Administrativo. La magnitud de los cambios recogidos pronto hizo necesario pasar al dictado de un Texto Único Ordenado a través del Decreto Supremo N° 013- 2008-JUS.

Con esta norma se evita la restricción de que los medios probatorios sean solo los actuados en sede administrativa, el poder solicitar una indemnización sin tener que recurrir a otro proceso.

CAPITULO III

MARCO NORMATIVO

1. Decreto Supremo N° 013-98-PRES Modifican y precisan disposiciones del Reglamento de la Ley General de Servicios de Saneamiento (19-09-1998).
2. Ley N° 018-2008-JUS, Ley de Procedimiento de Ejecución Coactiva. (21-09-1998)
3. Decreto Supremo N° 024-2008-VIVIENDA-Reglamento De Licencias De Habilitación Urbana Y Licencias De Edificación (26 de setiembre del 2008)
4. Decreto Legislativo N° 1014 Decreto Legislativo Que Establece Medidas Para Propiciar La Inversión En Materia De Servicios Públicos Y Obras Públicas De Infraestructura. (15-05-2008)
5. Decreto Legislativo 1068 Decreto Legislativo del Sistema de Defensa Jurídica del Estado (27-06-2008)
6. Decreto Supremo N° 018-2008-JUS-TUO de la Ley N° 26979, Ley de Procedimiento de Ejecución Coactiva (06-12-2008)
7. Ley 30477 Ley que Regula la Ejecución de Obras de Servicios Públicos Autorizadas por las Municipalidades en las Áreas de Dominio Público. (29-06-2016)
8. Código Procesal Civil

CAPITULO IV

COMPARACIÓN CON EL TEXTO UNICO ORDENADO DE LA LEY DEL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO GENERAL

DS N° 006-2017-JUS

Dado los cambios normativos introducidos en la Sexta Disposición Complementaria Transitoria del Decreto Legislativo N° 1272, se aprueba mediante decreto supremo refrendado por el Ministerio de Justicia y Derechos Humanos el Texto Único de la Ley 27444, por lo que considero importante trasladar en el tiempo este expediente, teniendo en cuenta que aún este cuerpo normativo no se encontraba vigente, para determinar si hubiera existido variación o no en su desenvolvimiento.

Por ejemplo partiendo de la notificación de los actos administrativos de los que tenía que tener conocimiento la empresa SEDAPAR se pudo realizar bajo lo previsto en el numeral 20.4 del artículo 20 del TUO de la Ley 27444, ya que si la empresa hubiera consignado en su escrito alguna dirección electrónica que conste en el expediente, pudo ser notificada a través de ese medio siempre que haya dado su autorización y armarse un expediente electrónico, para lo cual ya no se respeta el orden de prelación que debe existir en las notificaciones, esta notificación surtiría efectos el día que conste haber sido recibida, en caso de no recibirse respuesta automática en un plazo máximo de dos días hábiles contados desde el día siguiente de efectuado el acto de notificación se procede a notificar de la manera convencional.

Esto posibilita no solo escanear el documento en físico, sino también el uso de firmas digitales, incluso las resoluciones del procedimiento de ejecución coactiva pudieron hacerse con firmas digitales, incluso pudo fijarse una casilla electrónica para SEDAPAR.

Todo acto administrativo notificado de esta manera surte efecto al momento⁹ en que el administrado confirma recibir su notificación.

Con el TUO se han incorporado tres nuevos principios los cuales son el principio del ejercicio legítimo del poder, el principio de responsabilidad y finalmente el principio de acceso permanente, sobre ello si por ejemplo SEDAPAR hubiese querido tener acceso a la documentación o información que se encontrara en la Municipalidad Distrital de

Yanahuara, a efecto de poder interponer su recursos de apelación o con la finalidad de interponer su demanda la Municipalidad Distrital de Yanahuara se ve obligada a facilitar información a SEDAPAR por ser parte del procedimiento de ejecución coactiva es decir, en cualquier momento se pudo acercar para conocer el estado de su procedimiento, si hubiera solicitado copias, se debió dar esas copias o si nos piden el estado de tramitación también sin perjuicio al acceso de derecho de información, sin decirle a SEDAPAR que lo solicite por medio de acceso a la información pública.

En lo que respecta al procedimiento sancionador se ha agregado un principio que es el principio de culpabilidad el mismo que indica lo siguiente: “La responsabilidad administrativa es subjetiva, salvo los casos en que por ley o decreto legislativo se disponga la responsabilidad administrativa objetiva”, de esta manera se confirma que sólo se puede sancionar por norma con rango de ley.

El artículo 2, numeral 2 del Título Preliminar de la Ley 27444 Ley del Procedimiento Administrativo General indicaba: Los procedimientos especiales se rigen supletoriamente por la presente ley en aquellos aspectos no previstos y en los que no son tratados expresamente de modo distinto”, lo que quiere decir que la Ley 27444 sólo se aplicaba supletoriamente, es decir cuando existía un vacío legal, o no estaba regulado bien una situación con relevancia jurídica , se recurría supletoriamente a la Ley 27444, pero ahora este artículo se ha modificado y señala lo siguiente:

Las leyes que crean, regulan procedimientos especiales, no podrán imponer condiciones menos favorables a los administrados que las previstas en la presente ley” , esto lo encontramos regulado en el TUO artículo 245 numeral 2, lo que quiere decir que si antes se aplicaba supletoriamente , ahora la ley general es el marco que orienta todos los procedimientos y los procedimientos especiales no pueden tener condiciones menos favorables, si las tuvieran tendrían que operar o aplicarse las condiciones que están en el procedimiento administrativo general y pensarse en modificar estas normas, de lo contrarios nacerían muertas y no serían aplicadas.

Esto último tiene una excepción que fue establecida con el Decreto Legislativo 1311, que indica salvo los procedimientos seguidos ante la Superintendencia de Administración Tributaria (SUNAT), el Tribunal Fiscal y otras administraciones tributarias, porque ellos ya tienen unos procedimientos especiales, específicos, con plazos, con derechos y

sanciones y se aplica en esos casos la ley especial y no el procedimiento administrativo general.

El artículo 251 del TUO habla de la prescripción de la exigibilidad de las multas impuestas, indicando que la facultad de la autoridad prescribe en el plazo que establezcan las leyes especiales. En caso de no estar determinado la prescripción se produce al término de dos años. Al no precisarse desde que momento, se debe entender que es al momento de cometerse la falta que dio origen a la multa o desde que la entidad toma conocimiento de dicha falta, en el caso que se ha revisado no se determinó en que momento SEDAPAR realiza la ruptura de la carpeta asfáltica, ya que solo se cuenta con el Informe N° 32-2015-JDC/MDY del Almacenero de Obras Públicas ello en fecha 22 agosto del 2015, entonces bajo lo establecido en este artículo la Municipalidad Distrital de Yanahuara no hubiera podido exigir el pago de la multa administrativa a partir del 23 de agosto del 2017, porque ya hubieran transcurrido dos años y un día.

Como nos estamos dando cuenta no estamos hablando de la prescripción en general del procedimiento administrativo sancionador, sino solo de la que nos permite exigir multas que ya se hayan determinado.

Luego encontraremos cambios en lo que respecta a la caducidad del procedimiento sancionador, ya que señala el artículo 257 del TUO que el plazo para resolver los procedimientos sancionadores iniciados de oficio es de nueve meses, contados desde la fecha de notificación de imputación de cargos.

Este plazo puede ser ampliado de manera excepcional, como máximo por tres meses, debiendo el órgano competente emitir una resolución debidamente sustentada, justificando la ampliación del plazo, previo a su vencimiento.

Transcurrido el plazo máximo para resolver, sin que se notifique la resolución respectiva, se entiende automáticamente caducado el procedimiento y se procederá a su archivo.

Es decir, antes de los nueve meses la autoridad tendría que emitir un acto administrativo indicando por qué va a pedir la ampliación, entonces a lo mucho un año el procedimiento sancionador podría durar.

Hay que tener claro que cuando se señala que ha caducado o significa que la autoridad puede iniciar otro procedimiento sancionador, o si podría hacerlo si la acción no ha prescrito ya que debemos tener en cuenta que la prescripción va a la acción y la caducidad va hacia el derecho, entonces si el plazo no ha prescrito la autoridad podría iniciar otro procedimiento y tratar de resolverlo dentro del plazo máximo y sacar la resolución respectiva.

También con el TUO se han establecido las siguientes eximentes de responsabilidad por infracciones que la podemos encontrar el artículo 255 y son los siguientes:

- El caso fortuito y la fuerza mayor debidamente comprobada.
- Obrar en cumplimiento de un deber legal o del ejercicio legítimo del derecho de defensa.
- La incapacidad mental debidamente comprobada por la autoridad competente.
- La orden obligatoria de autoridad competente.
- El error inducido por la administración o por disposición administrativa, confusa o ilegal.
- La subsanación voluntaria con anterioridad a la notificación de la imputación de cargos.

Esto es una novedad porque antes solo existían dos atenuantes, es decir que antes solo por dos situaciones reguladas en la Ley 27444 Ley del Procedimiento administrativo General, la sanción impuesta al administrado iba a ser menor, ahora existen estos eximentes, es decir te excluye o te libra de las consecuencias de un procedimiento administrativo sancionador, es decir elimina la responsabilidad.

Los dos últimos ítems estaban antes como atenuantes de responsabilidad y se podía disminuir la sanción, pero ahora ya no me imponen sanción si nos encontramos en uno de esos supuestos.

En el caso en concreto nos encontramos también frente a uno de estos eximentes de responsabilidad el que se refiere a “Obrar en cumplimiento de un deber legal o del ejercicio legítimo del derecho de defensa”, ya que SEDAPAR estaba cumpliendo con el

deber legal de realizar las acciones necesarias para mantener el adecuado servicio de distribución de agua potable.

De la misma manera en el artículo 255 del TUO vamos a encontrar las siguientes atenuantes:

- Si iniciado un procedimiento administrativo sancionador, el infractor reconoce su responsabilidad de forma expresa y por escrito.
- En los casos en que la sanción aplicable sea una multa este se reduce en un monto no menor de la mitad de su importe.
- Otros que establezca por norma especial.

La novedad de este TUO radica en la notificación de informes ya que el artículo 6 numeral 2 del TUO indica que:

Puede motivarse mediante la declaración de conformidad con los fundamentos y conclusiones de anteriores dictámenes, decisiones, informes obrantes en el expediente a condición de que se les identifique de modo certero y que por esta situación constituyan parte integrante del respectivo acto.

Los informes, dictámenes y similares que sirven de fundamento a la decisión deben ser notificados al administrado, conjuntamente con el acto administrativo.

Entonces al momento de notificar todas las resoluciones que fueron notificadas a SEDAPAR, estos actos administrativos contenidas en ellas no hubieran sido efectivas si no se notificaba con los respectivos informes.

OPINION PERSONAL DEL CASO

Si bien no está regulado expresamente dentro del marco legal del derecho administrativo peruano, considero que es importante traer a colación un tipo de clasificación que el Dr. Gustavo Bacacorzo y el Dr. Pedro Patrón Faura realizan a las fuentes del derecho administrativo, ya que en esta clasificación hacen alusión al Estado de necesidad ya que al encontrarse ante una situación grave que obliga a la decisión rápida de un decisión, no se le puede exigir a los administrados, en este caso a SEDAPAR a que realice actuaciones burocráticas, considerando que su actuar fue considerando la salvaguarda de un interés superior al que se estaba sacrificando.

Si nos damos cuenta en la sentencia de vista el juez no resuelve en base a una norma existente, sino que el mismo resuelve en función a la aplicación de un principio del derecho administrativo, específicamente del derecho sancionador, el cual es el principio de razonabilidad cumpliendo con las funciones que persiguen los principios en general como la creativa, interpretativa e integrativa. Sin que por ello restemos importancia al principio de legalidad el cual debe ser entendido a partir de su vinculación positiva, sometiénose a la totalidad del sistema normativo, al parecer este fue el único principio tomado en cuenta por la Municipalidad de Yanahuara sin hacer un análisis sistemático de todo el ordenamiento jurídico de alcance nacional.

Por otro lado si bien las municipalidades tienen competencia para dictar ordenanzas, que regulen aspectos de las habilitaciones urbanas y edificaciones dentro de su circunscripción, dicha reglamentación debe estar acorde con lo previsto en la Ley N° 29090, ya que esta norma tiene un alcance a nivel nacional, al regular cuestiones operativas como el monto por la tasa por tramite del procedimiento o como en el presente caso la imposición de una sanción no deben ser contrarios a los dispositivos de alcance nacional.

CONCLUSIONES:

PRIMERA:

La motivación aparente en la Ley 27444 es subsanable, sin embargo, el Tribunal Constitucional ha indicado que es nulo, debería haber una modificación de la norma cuando el Tribunal Constitucional advierte vicios normativos, para que estas vayan acordes con la tendencia constitucionalista.

SEGUNDA:

Al emitirse normas de alcance local o regional, deben dictarse previo análisis sistemático de todo el ordenamiento jurídico, para que estas normas no se contradigan con las que tienen alcance nacional.

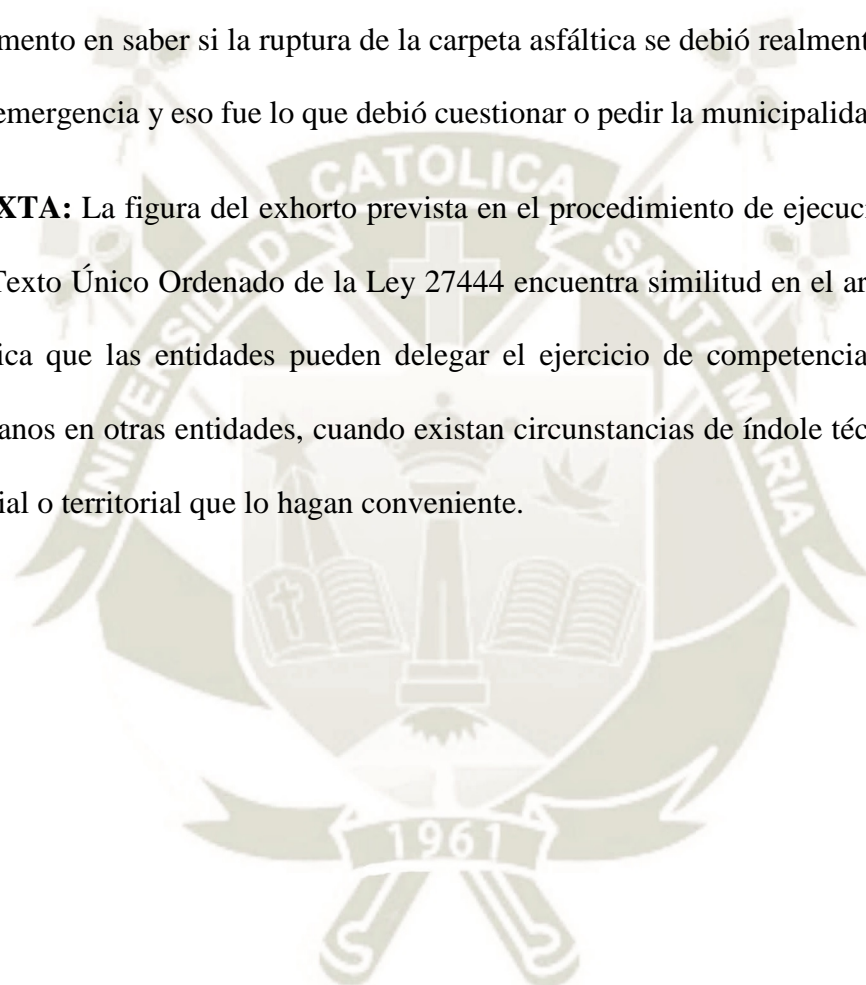
TERCERA:

Si bien el artículo 10 de la Ley 30477, Ley que Regula la Ejecución de Obras de Servicios Públicos Autorizadas por la Municipalidades en la Áreas de Dominio Público, señala que en caso de emergencia y que tuvieran que intervenir estas empresas prestadoras de servicios, no necesitan de la autorización municipal, también el mismo artículo añade que la empresa debe comunicar en un plazo no mayor de 03 días hábiles a la municipalidad que se está realizando dicho trabajo, debiendo advertir que en el caso concreto no obra esta comunicación por parte de la empresa. Pero tal precisión normativa no cambiaría a mi parecer el sentido de la decisión del Poder Judicial, ya que esta exigencia de comunicación no se muestra como presupuesto para la no obligación de la autorización, ni tampoco regula cual sería la consecuencia jurídica para el incumplimiento de esta comunicación.

CUARTA: Debería haber criterios más claros en cuanto a la cantidad de años por cada tipo de infracción por responsabilidad funcional, o por lo menos emitirse resoluciones mejor motivadas con respecto a la cantidad de tiempo en que se inhabilita o suspende por responsabilidad funcional.

QUINTA: Considero que ni las entidades ni el órgano jurisdiccional repararon en algún momento en saber si la ruptura de la carpeta asfáltica se debió realmente a una situación de emergencia y eso fue lo que debió cuestionar o pedir la municipalidad que se probara.

SEXTA: La figura del exhorto prevista en el procedimiento de ejecución coactiva, con el Texto Único Ordenado de la Ley 27444 encuentra similitud en el artículo 76, ya que indica que las entidades pueden delegar el ejercicio de competencia conferida a sus órganos en otras entidades, cuando existan circunstancias de índole técnica, económica, social o territorial que lo hagan conveniente.



BIBLIOGRAFÍA

1. **Carlo Magno Salcedo Cuadros**, La Reforma Legal del Régimen Sobre el Proceso Contencioso Administrativo, Actualidad Jurídica, (2003).
1. **Cervantes Anaya Dante**, Manual del Derecho Administrativo, Editorial Rodhas SAC, Séptima Edición, (2013).
2. **Ministerio de Justicia y Derechos Humanos**, “Guía Práctica sobre el Procedimiento Administrativo Sancionador”, (2017).
3. **Ministerio de Justicia y Derechos Humanos**, “Guía de opiniones jurídicas emitidas por la Dirección General de Desarrollo y Ordenamiento Jurídico sobre la Aplicación de la Ley 27444”, (2016).
4. **Circulo de Derecho Administrativo PUCP**, “El Proceso Urgente Contencioso Administrativo”, (2012).
5. **Christian Guzmán Napurí**, “Manual del Procedimiento Administrativo General”, Pacífico, (2011).
6. **Ministerio de Justicia y Derechos Humanos**, TUO de Ley N° 27444, Ley del Procedimiento Administrativo General, (2017).
7. **Presidencia de la República**, Decreto Supremo N° 013-98-PRES, (1998).
8. **Ministerio de Justicia y Derechos Humanos**, Ley N° 018-2008-JUS, Ley de Procedimiento de Ejecución Coactiva, (1998).
9. **Ministerio de Vivienda**, Decreto Supremo N° 024-2008-VIVIENDA-Reglamento De Licencias De Habilitación Urbana Y Licencias De Edificación (2008).
10. **Presidencia de la República**, Decreto Legislativo N° 1014 Decreto Legislativo Que Establece Medidas Para Propiciar La Inversión En Materia De Servicios Públicos Y Obras Públicas De Infraestructura, (2008).
11. **Ministerio de Justicia y Derechos Humanos**, Decreto Legislativo 1068 Decreto Legislativo del Sistema de Defensa Jurídica del Estado, (2008).